

A PERVERSIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS

THE PERVERSITY OF THE OUTSOURCING IN THE PUBLIC SERVICE

Valdete Souto Severo*

RESUMO

A terceirização é um sistema perverso, sob qualquer ponto de vista. Quando praticada pela administração pública, elimina não apenas o direito à relação de emprego, mas também ao ingresso em carreira pública. Compromete a própria existência do Estado. Sob a perspectiva do Direito, a terceirização de serviços públicos também quebra a lógica democrática, pois quem toma o trabalho é também quem julga a própria responsabilidade pela escolha administrativa. Este artigo pretende demonstrar a perversidade dessa prática, para o Estado Social.

PALAVRAS-CHAVE

Terceirização. Administração pública. Estado social.

ABSTRACT

Outsourcing is a perverse system, no matter the way you look at it. When practiced by public administrations, it not only eliminates the right to a working relationship, but it also eliminates the opportunity of a career in the public service. It compromises the meaning of existence of a state. Under the perspective of the law, outsourcing of public services also breaks the logic of a democratic state, once the one benefiting from it is also who is meant to judge the responsibilities laid by this administrative choice. This article intends to demonstrate the pervasive nature of such practices, in the context of the social state.

KEYWORDS

Outsourcing. Public administration. Social state.

* Pós-doutoranda junto ao programa de Ciências Políticas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direitos Fundamentais pela Pontifícia Universidade Católica (PUCRS). Professora e Diretora da Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RS (FEMARGS). Membro da Associação Juízes para a Democracia (AJD). Juíza do Trabalho no TRT da 4ª Região. E-mail: valdete.severo@gmail.com.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
 - 2 O percurso da regulação jurídica da terceirização pela administração pública;
 - 3 Terceirização na administração pública sob a ótica do Poder Judiciário;
 - 4 Os efeitos da terceirização pela administração pública;
 - 5 Quando o Estado toma trabalho e julga sua própria conduta;
 - 6 Conclusão;
- Referências.

Data de submissão do artigo: 07/07/2019

Data de aprovação do artigo: 12/09/2019

1 INTRODUÇÃO

A terceirização não é fenômeno recente, sequer da perspectiva de sua regulação no Brasil, pois pelo menos desde a década de 1960 há leis regulando pontualmente alguma possibilidade de intermediação da força de trabalho. Ainda assim, esse fenômeno ganhou força, especialmente em âmbito público, qualificando-se como um modo perverso e eficaz de redução do tamanho do Estado e precarização, não apenas das condições de trabalho, mas também de serviços essenciais à sociedade.

Em 2018, no dia 30 de agosto, por 7 votos a 4, uma decisão proferida pelo STF na ADPF 324 (BRASIL, 2018b) e no RE 958252 (BRASIL, 2018c) chancelou entendimento que já havia sido expresso pelo mesmo órgão julgador em outras decisões proferidas anteriormente, acerca da superação de uma dicotomia inventada pela Súmula 331 (BRASIL, 2011b), entre atividade-meio e atividade-fim, com a consequência de compreender possível a terceirização de qualquer tipo de atividade.

Essa compreensão já havia sido, de algum modo, albergada pela Justiça do Trabalho, através de decisões que aceitavam como lícita a prática, por exemplo, de terceirização de motoristas em empresa de transporte ou atendentes em empresas de telemarketing. Nos últimos anos, é preciso pontuar, a Justiça do Trabalho passou a ser mais criteriosa em relação às possibilidades

de terceirização, atenta a parâmetros por ela mesma fixados, e inclusive começou a reconhecer a ilicitude de algumas práticas de terceirização, em larga medida por conta do problema social que tais práticas geram. Essa resistência foi insuficiente para travar o processo de desmanche especialmente representado por algumas decisões do STF.

Em relação à administração pública, desde que o fenômeno da terceirização se alastrou pelo país, incentivado pela política de privatização e de redução do tamanho do Estado, sempre houve resistência do Poder Judiciário em compreender a gravidade da posição que o ente público assume, quando escolhe repassar suas atividades a terceiros.

Este artigo tem por objetivo apresentar a regulação jurídica e jurisprudencial da terceirização pela administração pública. Pretende-se também demonstrar as consequências sociais de uma posição que cada vez mais parece inclinar-se pelo entendimento de que o Estado, ao terceirizar, não assume responsabilidade alguma para com as pessoas, cuja força de trabalho reverte em seu próprio benefício. Por fim, propõe-se uma reflexão acerca da gravidade social de uma tal conduta.

2 O PERCURSO DA REGULAÇÃO JURÍDICA DA TERCEIRIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Decreto 200 de 1967, apontado como primeira regulação jurídica da terceirização em nosso país, já mirou a administração pública como beneficiária direta de uma “nova” visão de serviço público. A “descentralização” como princípio, a ser executado “da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões” (BRASIL, 1967), buscando clara redução da prestação do serviço público, contém até mais do que isso, pois em realidade, propõe e instaura uma nova visão da própria função estatal.

A partir de então, várias funções públicas deixaram de ser exercidas por pessoas contratadas diretamente para tal fim. O Decreto

-Lei 1.069 de 1969 (BRASIL, 1969) caminhou no mesmo sentido e resultou na Lei 7.102 (BRASIL, 1983), que retira do trabalhador da segurança a qualidade de trabalhador bancário (MACHADO FILHO, 1983)¹. Ainda na época da Ditadura Civil-Militar instaurada no Brasil a partir de 1964, a Lei 6.019 foi editada em 1974 (BRASIL, 1974), criando a figura do trabalho temporário, mais precário do que a regra geral prevista na CLT, de contratação a tempo indeterminado, e com autorização expressa para ser realizado através de empresa interposta.

A Justiça do Trabalho, chamada a examinar os conflitos entre trabalhadores e tomadores de trabalho, diante da realidade de vigência dessas regras, consolidou jurisprudência acolhendo apenas de forma excepcional a terceirização como opção jurídica válida².

Em 1988 promulgamos uma nova Constituição, fruto da abertura democrática e do embate de forças que resultaram das duas décadas de opressão vividas no Brasil. O Estado So-

¹ Em um belo artigo escrito sobre o tema, em que examina tanto o decreto de 1969 quanto a lei do trabalho temporário, Sebastião Machado Filho (1983) refere que se tratam de formas de burla à relação de trabalho, já que “somente entre o trabalhador e a empresa que utiliza seus serviços, sem intermediários”, pode dar-se o contrato de trabalho. A chamada “empresa prestadora de serviços é intermediária, intrusa na relação de emprego. Sua ‘atividade’ consiste na exploração da relação de emprego, fazendo-se passar pelo ‘empregador’, como num passe de mágica, com a cumplicidade dos reais e verdadeiros empregadores. A estes interessa manter o ‘empregador fantasma’, inclusive como possibilidade que se lhes permite de participarem do jogo, como um modo a mais de desviar seus dividendos sociais, numa ‘distribuição de renda’ sui generis”.

² Súmula 256 do TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (BRASIL, 1986).

cial que então instituímos, senão como realidade certamente como projeto de sociedade, atribui a si mesmo a missão de garantir a todos condições dignas de existência. No que tange às relações sociais entre capital e trabalho, a moldura é muito clara: relação jurídica de emprego (art. 7º, inciso I) (BRASIL, 1988). Para entes públicos, a forma de ingresso no serviço público é o concurso (artigo 37) (BRASIL, 1988). A economia se sujeita a esses e a outros limites, porque deve observar os ditames da justiça social (artigo 170) (BRASIL, 1988). O objetivo é garantir dignidade, reduzir desigualdades e erradicar a pobreza (artigo 1º) (BRASIL, 1988). Tudo isso, porém, não foi suficiente para coibir a terceirização.

Em 1993, após pedido do então Procurador-geral do Ministério Público em razão de autuação sofrida pelo Banco do Brasil (BIAVASCHI, 1993)³, o TST alterou sua jurisprudência permitindo a terceirização também em atividades de conservação e limpeza e nos serviços especializados ligados à *atividade meio*. A Súmula 331 (BRASIL, 2011b) manteve a afirmação da Súmula 256, de que “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal”, mas nos itens seguintes, admitiu amplamente a terceirização, comprometendo a espinha dorsal do Direito do Trabalho, que é exatamente a dualidade presente na relação entre capital e trabalho, pouco importando, como deixa claro o art. 2º da CLT (BRASIL, 1943), em quantas “personalidades” o capital se divide para explorar a força de trabalho.

³ Em abril de 1993, após receber denúncia, por parte do sindicato dos trabalhadores bancários, de terceirização não abrangida pelas hipóteses legais, o Ministério Público do Trabalho instaurou Inquérito Civil Público contra o Banco do Brasil. As partes assinaram Termo de Compromisso, que, porém, não foi cumprido. Segundo o banco, “a perda do emprego para os prestadores de serviços teria grave impacto social, repercutindo no aumento da informalidade e violência”. Houve, então, um pedido formal do Sub-Procurador Geral Ives Gandra Filho, de “revisão” do Enunciado 256, que culminou na edição da súmula 331, em dezembro de 1993 (BIAVASCHI; DROPPA, 2011).

Em 1997, a Lei 9.472 (BRASIL, 1997) dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros “aspectos institucionais”. Em seu art. 94 (II) estabeleceu, que no cumprimento de seus deveres, a concessionária de serviço público poderá, “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”. Note-se que a lei não está tratando de relação de trabalho, mas da contratação de serviços. Logo, sequer poderia ser invocada como fonte formal a autorizar a terceirização nesse tipo de atividade.

A diferença é singela: enquanto na terceirização há repasse de força de trabalho, a contratação de serviços ou atividades, por parte de uma concessionária, refere-se a algo completo como o serviço de pintura de uma escola. Reforçando, porém, a realidade de que o Direito é aparência, cuja essência tem compromisso vital com o jogo de poder, qualificando-se como verdadeira forma jurídica do capital, o que se seguiu foi que a inserção da palavra “atividades” revelou-se como um toque de mágica capaz de alterar conceitos até então tranquilos na doutrina e na jurisprudência, passando-se a compreender autorizada a terceirização de qualquer atividade ligada ao setor das telecomunicações.

Ocorre que em um Estado de Direito, uma lei ordinária só pode ser aplicada a partir da ordem constitucional em que inserida. Logo, não é possível simplesmente ignorar a regra de que “a investidura em cargo ou emprego público **depende de aprovação** prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”, ficando ressalvadas apenas “as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (artigo 37, II) (BRASIL, 1988). Sob a perspectiva da hermenêutica constitucional, a compreensão de que uma lei sobre telecomunicações, ao se referir a atividades inerentes ou complementares, tenha simplesmente derogado a Consti-

tuição, é no mínimo difícil de ser sustentada. Ainda assim, uma jurisprudência condescendente formou-se a partir de então⁴.

A vontade de permitir a terceirização também fez com que uma lei de 1993 sobre licitações passasse a ser utilizada como fundamento não apenas para autorizar o repasse de força de trabalho, mas também para justificar a ausência de responsabilidade do ente público. A Lei de Licitações (Lei 8.666/93) não se refere à terceirização. Trata de estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos “pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (BRASIL, 1993).

O art. 71 dessa lei refere 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 (BRASIL, 1993).

⁴ “Especificamente em relação à terceirização levada a efeito por concessionária de serviço público de telecomunicações, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE-791.932, em 11/10/2018, fixou a seguinte tese no Tema 739 da Tabela de Repercussão Geral: “É nula a decisão de órgão fracionário que se recusa a aplicar o art. 94, II, da Lei 9.472/1997, sem observar a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97), observado o artigo 949 do CPC”. 4. Cumpre destacar que esse sempre foi o meu entendimento pessoal sobre a matéria, pois, sob minha ótica, a contratação de empresa prestadora de serviço de call center por concessionária de serviço público de telecomunicações não se configura fraudulenta, uma vez que está expressamente autorizada pela Lei nº 9.472/1997, em seu art. 94, II, que confere às concessionárias de serviço de telecomunicações a possibilidade de contratar terceiros para o desenvolvimento de suas atividades, sejam elas inerentes, acessórias ou complementares. 5. Desse modo, à luz do entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Regional, ao declarar a ilicitude da terceirização do serviço de call center de empresa de telecomunicações, por entender tratar-se de serviço vinculado à atividade-fim da tomadora, contrariou a Súmula Vinculante nº 10, alegação reiterada no agravo de instrumento que atende a restrição prevista no art. 896, § 9º, da CLT (rito sumaríssimo). 6. Recurso de revista interposto pela Reclamada TELEMAR NORTE LESTE S.A. de que se conhece, em juízo de retratação, e a que se dá provimento” (BRASIL, 2019c).

Não se está a tratar de repasse de força de trabalho, mas sim, novamente, de serviço pronto e acabado. E mesmo que assim não fosse e que tal legislação efetivamente se destinasse à fixação de parâmetros jurídicos para a terceirização pela administração pública, teríamos que observar o que diz o art. 67 (BRASIL, 1993) da mesma lei, quando estabelece um dever de fiscalização que independe de previsão contratual. Trata-se de uma exigência que deve ser observada e que, ainda assim, não interfere na responsabilidade da administração pública por suas escolhas administrativas, pelo menos não desde 1988, quando a Constituição fixou responsabilidade objetiva na forma do § 6º de seu art. 37 (BRASIL, 1988)⁵. Portanto, mesmo que se queira atribuir à Lei de Licitações a qualidade de permissivo legal para a terceirização por parte do Poder Público, a coerência no uso desse argumento exigiria a observância da regra constitucional acerca da responsabilidade.

A Constituição de 1988 estabelece a responsabilidade objetiva do agente público, em razão dos princípios que explicita no mesmo art. 37 e que elege como essenciais à defesa do interesse público (KREIMENDAHL, 2004)⁶. A noção de moralidade, por exemplo,

⁵ Art. 37, § 6º, CF – 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 (BRASIL, 1988).

⁶ O interesse público se sustenta na própria teoria de constituição do Estado. Ao outorgar poderes a um ente que representaria a soma das vontades individuais e que teria por escopo manter a ordem social, o indivíduo abre mão de parte de seu poder pessoal. Em Hobbes encontramos a noção de que liberdade e segurança são igualmente necessárias e podem ser obtidas mediante outorga de parte da liberdade individual ao Estado (KREIMENDAHL, 2004, p. 198). A verdadeira liberdade é, então, exercida apenas quando se tem segurança. E o Estado é o ente criado para garantir essa segurança social. Apenas nessa perspectiva e com esse limite, justifica-se a prática de atos realmente pautados na busca da preservação de um interesse público.

fundamenta a obrigação da escolha, pelo agente público, de utilização dos meios que acarretem pouco ou nenhum risco à coletividade (FREITAS, 2009)⁷. Portanto, quanto à responsabilidade da administração pública, a ordem constitucional vigente adota não apenas a teoria do risco, mas sobretudo as ideias de prevenção e de precaução (FREITAS, 2009)⁸.

A opção de terceirizar em lugar de realizar concurso público, mesmo que seja considerada lícita, apesar do inciso II do art. 37 da Constituição (BRASIL, 1988), deve observar, portanto, os critérios de precaução e prevenção, bem como implica a assunção de responsabilidade objetiva por qualquer dano que daí advenha.

Apesar da literalidade da ordem constitucional nesse sentido, a terceirização seguiu sendo realizada pela administração pública, e a responsabilidade foi, aos poucos, sendo também desconstruída pelo Poder Judiciário.

⁷ É nesse sentido a lição de Juarez Freitas, quando afirma que “*a teoria do risco administrativo, reexaminada à luz do princípio da proporcionalidade, conduz à teoria da responsabilidade que viabiliza a tempestiva prevenção e, se cabível, a precaução justificada*” (FREITAS, 2009, p. 80, grifo nosso).

⁸ “O princípio da prevenção, no direito administrativo, estatui que a administração pública, ou quem faça as suas vezes, na certeza de que determinada atividade implicará dano injusto, se encontra na obrigação de evitá-lo”, ou seja, “tem o dever incontornável de agir preventivamente, não podendo invocar juízos de conveniência ou de oportunidade, nos termos das concepções de outrora acerca da discricionariedade administrativa”. (FREITAS, 2009, p. 99) Em seguida, o autor afirma que “não se admite a inércia administrativa perante o dano previsível. (FREITAS, 2009, p. 100). O princípio da precaução é assim definido por Juarez Freitas: “O princípio constitucional da precaução, igualmente dotado de eficácia direta, estabelece (não apenas no campo ambiental) a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundamentamente temidos”. A não-observância do dever configura omissão antijurídica que “tem o condão de gerar dano (material ou moral) injusto e, portanto, indenizável, dispendiosamente absorvido pela castigada massa de contribuintes” (FREITAS, 2009, p. 101).

Em 2017, após uma década de discussão acerca do PL 4.330 (BRASIL, 2004), que pretendia disciplinar a terceirização, o governo desengavetou outro projeto de 1992 e o submeteu à votação na Câmara de Deputados, depois de considerá-lo já aprovado (em 2002) no Senado. Daí resultou a Lei 13.429 (BRASIL, 2017a), que silencia acerca da terceirização por ente público. Do mesmo modo, a Lei 13.467 (BRASIL, 2017b), que modifica artigos daquela legislação, nada refere acerca da possibilidade de o Estado terceirizar, burlando a regra que exige contratação por concurso público.

A razão do silêncio é o fato de que o Poder Judiciário já havia realizado a tarefa de “adaptar” a Lei de Licitações, ampliando sua interpretação para o efeito de cancelar o repasse de força de trabalho em âmbito público. Ainda assim, a fim de deixar clara a política pública de redução e desmanche do Estado, foi aprovado o Decreto 9.507, que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União (BRASIL, 2018) para regulamentar ainda mais hipóteses de terceirização no serviço público.

3 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A ÓTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Além da “legislação” sem filtro democrático, representada pela Súmula 331 do TST (BRASIL, 2011b), que estabeleceu a possibilidade de terceirizar “atividades-meio” (sem defini-las), exigiu de forma ilegal a presença da tomadora no polo passivo da demanda trabalhista e estabeleceu a responsabilidade *subsidiária* sem esclarecer que se trata de solidariedade com

benefício de ordem (na forma do art. 4º da Lei dos Executivos Fiscais) (BRASIL, 1980), os tribunais trabalhistas e, especialmente, o STF, também vêm assumindo assustador protagonismo no desmanche de direitos trabalhistas através da chancela da terceirização irrestrita⁹.

Em 2015, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923, proposta em 1998 (BRASIL, 2015), o STF afirmou a possibilidade de a atuação do Estado na saúde, na educação, na cultura, no desporto e lazer, na ciência e tecnologia e no meio ambiente realizar-se mediante uma gestão compartilhada com o setor privado, por intermédio da formalização de “instrumentos de colaboração público/privada”, o que em realidade significa permitir a terceirização de praticamente todas as atividades, indo bem além (e sem limites) das hipóteses previstas no art. 175 da Constituição (concessão e permissão de serviços públicos). A ementa ficou assim redigida:

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com

⁹ É importante pontuar que esse não é um movimento uniforme e que em determinado momento o TST chegou a acenar com uma reação à barbárie da terceirização, admitindo em alguns de seus últimos julgados, não haver lei regulamentando a terceirização de serviços, chegando mesmo a afirmar em um de seus julgados que: “A pretensa licitude de intermediação de serviço em área fim das empresas de telecomunicações, sem prévia definição em lei, culminaria na desvalorização ou precarização do trabalho humano e no comprometimento da busca do pleno emprego, assim entendida a inserção do trabalhador na empresa para a qual efetivamente prestara serviços” (BRASIL, 2010b).

parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16.04.2015 (BRASIL, 2015a, p. 146).

De acordo com tal decisão, é lícita a transferência, para uma Organização Social, por exemplo, de atividade escolar ou de saúde.

Do mesmo modo, na ADC 16 (BRASIL, 2010a), o STF declarou constitucional o art. 71 da Lei de Licitações, para o efeito de compreender que o administrador público não responde pelo simples

fato de terceirizar (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2019)¹⁰. Ao contrário, só responde como tomador dos serviços se houver prova de que agiu com culpa¹¹. A decisão provocou a imediata alteração de itens da Súmula 331 do TST:

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, **caso evidenciada a sua conduta culposa** no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada (BRASIL, 2011b).

10 A ADC nº 16, objeto deste artigo, foi proposta pelo então Governador do Distrito Federal, o hoje preso por corrupção, José Roberto Arruda (DEM-DF), por meio de sua Procuradoria, em março de 2007, e tinha como pedido principal a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei de licitações, a Lei nº 8.666/93. (...) De um lado, ávidos por uma atuação legislativa contrária à Constituição, os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, que, não só conhecem a ação, como a julgaram procedente para fazer valer o art. 71, §1º da Lei 8.666/93, de forma a universalizar a irresponsabilidade estatal, passando por cima de qualquer comando constitucional. No meio do caminho os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa, que atuam – quando atuam – de forma coadjuvante, sem verdadeiramente contribuir para o debate. Percebendo a formação da maioria, os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski, ainda que registrando a inutilidade do provimento jurisdicional, se curvam ao entendimento dos pares para, compreendendo restrito o alcance da decisão, também declararem a constitucionalidade da norma. Por fim, o Ministro Ayres Britto de forma isolada, conhece da ação para julgá-la improcedente, e, com isso, declarar o art. 71, § 1º da Lei de Licitações inconstitucional quanto à terceirização de mão de obra com exclusividade, ou seja, excluído o caso de contrato de empreitada (YAMA-MOTO apud SOUTO MAIOR; SEVERO, 2019).

11 A ementa ficou assim redigida: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995 (BRASIL, 2010a).

No julgamento do ARE 791.932 (BRASIL, 2018d), sobre terceirização em serviços de telefonia, o STF fixou tese de que é nula a decisão de órgão fracionário que se recusa a aplicar o art. 94 da Lei de Telecomunicações, dando ainda maior força, portanto, à interpretação que já vinha sendo dada a esse dispositivo, no sentido de compreendê-lo como permissivo legal para a ampla terceirização nessas atividades¹².

Há, ainda, pendente de julgamento, o ARE 713211, que discute o conceito de atividade-fim, no qual foi reconhecida repercussão geral. Sua análise, entretanto, está de certo modo prejudicada pelo quanto decidido na ADPF 324 (BRASIL, 2018b) e no RE 958252 (BRASIL, 2018c).

Em 2018, a tese fixada a partir da análise da ADPF 324 e do RE 958252 é a de que é possível terceirizar qualquer atividade. A afirmação nega não apenas a ordem social insculpida em nossa Constituição, mas o próprio argumento que historicamente justificou o discurso da terceirização: o da especialização das atividades (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2019)¹³.

A decisão, por maioria e nos termos do voto do Relator, apre-

¹² A ementa ficou assim redigida: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 739 da repercussão geral, conheceu do agravo e deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, que a ele negavam provimento. Acompanharam o Relator com outros fundamentos e sem aderir ao item 1 da sua conclusão os Ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “É nula a decisão de órgão fracionário que se recusa a aplicar o art. 94, II, da Lei 9.472/1997, sem observar a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97), observado o artigo 949 do CPC”, vencida a Ministra Rosa Weber. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 11.10.2018 (BRASIL, 2018d).

¹³ Tal entendimento manifesta um descompromisso da corte constitucional com o pacto democrático firmando pela Constituição de 1988. Isso porque, há muito tempo vinha se entendendo, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, que as relações de trabalho devem ser protegidas diante dos avanços neoliberais consolidados no século XXI (TREVISO; MELONI apud SOUTO MAIOR; SEVERO, 2019).

ciou o tema 725 da repercussão geral e fixou a seguinte tese:

“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante” (BRASIL, 2018c)¹⁴.

É preciso, porém, ressaltar que o ministro Marco Aurélio formulou voto que é verdadeira lição de Direito Social, referindo que “considerado o mundo globalizado, marcado por altíssima especialização na divisão do trabalho, o estudo da evolução histórica do tratamento conferido à terceirização no Brasil”, deve ser reconhecida a necessidade de que a terceirização tenha caráter excepcional e, portanto, deva ser interpretada de maneira estrita, “especialmente quando envolvidos direitos sociais”. O ministro Marco Aurélio (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2019, p. 227-228) observa, ainda, que:

A ampla constitucionalização dos direitos dos trabalhadores, ordinariamente veiculados na legislação, não ocorreu por acaso, sem razão expressiva. O sistema revela preocupação do constituinte com a tutela dos trabalhadores. A proteção deixou de encontrar fonte apenas na disciplina legal e adquiriu envergadura constitucional, mediante a passagem da Consolidação das Leis do Trabalho para a Constituição. Desse sistema extrai-se o princípio implícito, de hierarquia maior, de proteção ao trabalhador, alicerce do estatuto jurídico-constitucional trabalhista a vincular a atuação dos três Poderes e servir de vetor interpretativo para a solução de controvérsias levadas à apreciação do Judiciário especializado. Eis a baliza hermenêu-

¹⁴ Ficaram vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. O Ministro Marco Aurélio não se pronunciou quanto à tese. Ausentes os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes no momento da fixação da tese. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. A decisão foi proferida em 30.08.2018.

tica a ser observada pelo intérprete, revelando-se a óptica a partir da qual o instituto da terceirização deve ser compreendido. O Direito não deve fechar os olhos diante da realidade globalizada do mercado de trabalho do início do século XXI, altamente especializado e em constante mutação. Considerado o estatuto jurídico-constitucional trabalhista, porém, a tradicional restrição jurisprudencial à liberação absoluta da terceirização mostra-se decorrência do próprio princípio da proteção, matriz do Direito do Trabalho, a subsidiar todo o ordenamento jurídico-trabalhista. (...) A terceirização abala aspectos essenciais da CLT, como a subordinação e a pessoalidade diretas. Inverte a regra geral da indeterminação do prazo contratual, para consagrar a temporalidade. A rotatividade muitas vezes inviabiliza o gozo das férias. Os sindicatos de terceirizados desfrutam de menores condições de mobilização e reivindicação. As estatísticas dos acidentes de trabalho indicam que sua incidência aumenta nas hipóteses de terceirização.

E conclui:

No momento oportuno, haverá o Supremo de enfrentar a matéria com a verticalidade imposta pela função de guarda da Constituição, levando em conta, de um lado, a realidade do atual mercado de trabalho e, de outro, o objetivo maior de justiça social, observados os princípios da proteção, da irrenunciabilidade dos direitos, da continuidade da relação de emprego, da primazia da realidade, da razoabilidade e da boa-fé.

Infelizmente, a posição do ministro Marco Aurélio acabou vencida por um voto que, negando toda a história de construção dos direitos sociais, afirma que o “direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade”, que a terceirização “tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência e com-

petitividade” e que “o risco do desemprego será a assombração do novo tempo. A sociedade, as empresas, o direito do trabalho e o sindicalismo precisam adaptar-se ao novo tempo” (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2019).

Ou seja, se o capitalismo gera cada vez mais miséria e exclusão social, os direitos sociais devem ser reduzidos, pois qualquer colocação no “mercado de trabalho”, mesmo precária e insuficiente para garantir uma vida digna, deve ser aceita pelo Estado (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2019)¹⁵. Essa ânsia pela destruição dos parâmetros sociais mínimos de convivência digna, demonstrada em alguns votos e decisões recentes do STF, compromete todo o tecido social e revela desconhecimento do princípio que justifica a existência mesma do Direito do Trabalho: a noção de proteção a quem trabalha.

4 OS EFEITOS DA TERCEIRIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização é um artifício que vem sendo utilizado para reduzir custos e majorar a capacidade de exploração do trabalho pelo capital. Portanto, tanto no setor público, quanto na iniciativa privada, seus efeitos reais são: aumento expressivo do número de acidentes de trabalho (CENTRAL, 2011), estímulo à fraude em licitações, evasão fiscal e corrupção (CENTRAL, 2011), significativo aumento do número de dependentes do INSS, drástica redução na arrecadação e circulação de riquezas e, por consequência, a redução da arrecadação fiscal.

¹⁵ Como refere o autor: “resta evidente o posicionamento de Barroso: ao direito do trabalho e ao movimento organizado de trabalhadoras e trabalhadores resta apenas a aceitação às ressignificações das formas de expropriação da força de trabalho alheia trazidas pelo capital financeiro no século XXI, e ao direito resta atribuir validade às novas formas de precarização. O ataque foi desferido, o silêncio e a morte lenta da classe trabalhadora são o esperado” (MELONI apud SOUTO MAIOR; SEVERO, 2019).

A maioria absoluta das situações em que encontrados trabalhadores escravizados são em empresas prestadoras de serviços¹⁶. A terceirização também estimula o racismo e a diferença de gênero. Os serviços de limpeza e manutenção, por exemplo, mantêm a maioria absoluta de mulheres negras como empregadas. Nos serviços de telemarketing a escolha de mulheres e negros para o trabalho, é por vezes justificada pela invisibilidade que esse trabalho promove. Longe dos olhos do consumidor, o atendente não precisa preencher o requisito perverso e racista da “boa aparência”.

A terceirização aniquila a capacidade de organização sindical, porque divide a categoria, criando “classes” dentro da classe. Os trabalhadores terceirizados não se identificam com os colegas que são contratados diretamente. A pulverização das atividades, com a criação de sindicatos de terceirizados, cria disputa interna, que compromete a resistência coletiva, já enormemente dificultada pela ausência de qualquer garantia contra a despedida na prática das relações de trabalho e pelas alterações legislativas promovidas pela Lei 13.467 (BRASIL, 2017b).

No Relatório Mundial sobre o Trabalho Infantil, publicado pela OIT em 2013, há referência à direta ligação entre pobreza e trabalho infantil (OIT, 2013)¹⁷. A precarização das condições de vida

¹⁶ No Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo, o Ministério do Trabalho, observa que provavelmente com o intuito “de elidir a responsabilidade pelo vínculo empregatício, a adoção da terceirização ganhou espaço”, havendo necessidade de que a fiscalização volte suas atenções para o “desvendamento da cadeia produtiva envolvida”, pois essa prática tem incentivado a exploração de trabalho escravo (BRASIL, 2011a).

¹⁷ No documentário Favela Fábrica, as entrevistas e visitas às residências dos trabalhadores revela a facilitação do trabalho infantil, através da contratação irregular e por produção. Os trabalhadores colocam os filhos pequenos a costurar, colar, cortar, para aumentar a renda da família, pois os valores pagos pelo trabalho são irrisórios (FAVELA, 2012).

e dos vínculos de trabalho é determinante, portanto, para impedir que a retórica de proteção se torne realidade¹⁸.

A pesquisa de campo realizada em Brasília, por iniciativa do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital, da USP/SP, por meio de entrevistas com terceirizados pela administração pública nos três poderes de Estado, também revelou que a terceirização elimina o direito à fruição de férias, além de provocar invisibilidade¹⁹.

No que tange especificamente ao serviço público, a terceirização promove a eliminação de postos de trabalho e, com isso, do direito ao ingresso por concurso público. Impede o contato entre quem efetivamente presta o serviço e o consumidor final. Basta pensarmos na situação dos serviços de telefonia em que as atendentes, em sua maioria absoluta mulheres, atuam como verdadeiros escudos humanos para proteger as empresas fornecedoras do serviço público contra as reclamações pelo mau funcionamento dos serviços.

¹⁸ A Comissão para Erradicação do Trabalho Infantil da Justiça do Trabalho – CETI divulgou nota de repúdio à exploração do trabalho adolescente em condições análogas às de escravo, quando noticiado caso envolvendo a rede de Lojas Le Lis Blanc, conclamando a sociedade e os juízes do trabalho a mobilizarem-se “contra as diversas formas de precarização do trabalho, em especial a terceirização “desenfreada”: “Se o trabalho infantil e o trabalho escravo podem, ainda, soar distantes e irreais para os juízes do trabalho, a terceirização, quarteirização e precarização das relações de emprego é o nosso dia a dia, nossa realidade a cada processo, a cada audiência. Nenhum magistrado trabalhista brasileiro poderá negar a presença, existência e os danos causados por estas formas de trabalho. [...] Os juízes do trabalho, mesmo que não queiram enxergar o trabalho infantil, não conseguem deixar de ver a terceirização e a precarização das relações de trabalho, especialmente em vias de votação do Projeto de Lei 4330/2004, que trata da terceirização – que, se aprovado, será a porta aberta para que casos como o noticiado virem muito mais do que notícia: virem rotina” (CRISÓSTOMO, 2013). A nota de repúdio refere que um dos trabalhadores resgatados em condição de escravidão era um jovem de dezesseis anos, submetido a jornada de doze horas, morando em condições degradantes.

¹⁹ O trabalho resultou vídeo disponível no Youtube, que chama Terceirizado: um trabalhador brasileiro (TERCEIRIZADO, 2015).

A terceirização compromete a qualidade do serviço público, valendo lembrar o fato de que há alguns anos em Porto Alegre, um dos principais hospitais da cidade, após terceirizar o serviço de higienização e limpeza, enfrentou verdadeiro surto de uma super bactéria²⁰.

O incentivo a essa prática tem, ainda, implicado a despedida coletiva de trabalhadores regularmente contratados, que estão sendo substituídos por terceirizados, como recentemente ocorreu no Hospital Mãe de Deus, em Porto Alegre, em que mais de 300 empregados dos setores de higienização e nutrição foram dispensados no mesmo dia, em razão da opção pela terceirização da força de trabalho (BRASIL, 2019a). Ora, o ambiente de trabalho não é apenas o lugar de onde retiramos nosso sustento. É também onde criamos laços emocionais, amizades, vínculos. É exatamente porque todos sabemos a importância que o ambiente de trabalho tem em nossas vidas e para a nossa saúde psíquica, que a legislação social prevê a necessidade, por exemplo, de aviso antecipado acerca do rompimento do vínculo de emprego como forma de permitir que a pessoa despedida se despeça dos colegas, do ambiente e de todos os elos

²⁰ Em artigo publicado no livro Resistência III: o direito do trabalho diz não à terceirização, Maria Paula Bebba Pinheiro e Victor Gabriel Lazzarotto apresentam estudo a partir de dados coletados junto ao Sindicato dos Profissionais de Enfermagem, Técnicos, Duchistas, Massagistas e Empregados em Hospitais e Casas de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul (SINDISAÚDE), à Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul (AL/RS) e aos meios de comunicação oficial do Grupo Hospitalar Conceição (GHC), para demonstrar que a terceirização dos serviços de higiene experienciada pelo Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A de Porto Alegre, em 2012, teve possível relação com o aumento expressivo do número de casos de pessoas infeccionadas com a enzima *Klebsiella pneumoniae carbapenemase* (KPC) nas dependências do HNSC, na época apelidada de superbactéria, de sorte que foram detectados 03 casos em 2009; 04 em 2010, 17 em 2011, e em 2012, 117 pacientes atingidos pela perigosa bactéria hospitalar. Os autores referem a relação direta entre redução de salário, rotatividade e precariedade das condições de trabalho, com a qualidade do serviço prestado (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2019).

físicos, emocionais e psíquicos que criou ao longo das horas e dias em que dedicou a sua existência à realização do trabalho. Como em qualquer rompimento, é preciso elaborar o luto, mas nem isso tem sido permitido nessas hipóteses de despedida coletiva para “substituição” por terceirizados. E, muitas vezes, essa substituição ocorre sem que haja anotação da CTPS dos trabalhadores contratados pelas prestadoras de serviços, situação enfrentada, por exemplo, por fisioterapeutas que trabalham dentro de instituições hospitalares (BRASIL, 2018e).

Há, portanto, um *mal em si*, provocado pela opção de um ente público em terceirizar atividades essenciais, pois tal decisão administrativa implica, em última medida, substituir, em uma lógica de descartabilidade e desrespeito para com os trabalhadores e os consumidores do serviço, que não apenas atenta contra a ordem constitucional, mas também afeta, diretamente, a autoestima dos *descartados*.

A função do Direito do Trabalho é, e sempre foi, a mediação do conflito entre capital e trabalho por meio da imposição de limites à exploração humana. Tratam-se de limites mínimos, que só foram “aceitos” e regulados pelo Estado, porque são necessários para a própria sobrevivência do sistema capitalista de produção e manutenção de um tecido social em que seja possível viver com um mínimo de dignidade.

A precarização de direitos e das condições de vida de quem depende do trabalho para sobreviver compromete não apenas a qualidade de vida da classe trabalhadora, mas também a economia (pois reduz a circulação de dinheiro e, portanto, o consumo) e a sociedade. A fragilização das condições de vida potencializa a violência, impede a consciência crítica, o estudo e, portanto, uma atuação pública em favor da melhoria da vida das pessoas. Os impactos individuais e sociais são muitos e de várias ordens, e por isso deveriam ser repelidos pelos intérpretes do direito e administradores públicos, pois promovem o esgarçamento total e irremediável do tecido social.

5 QUANDO O ESTADO TOMA TRABALHO E JULGA SUA PRÓPRIA CONDUTA

O Estado, em uma realidade democrática como aquela pretendida em nossa Constituição (BRASIL, 1988), não se apresenta no palco das relações sociais como um empresário, que possa legitimamente perseguir lucro ou buscar novas estratégias de organização capazes de majorar a exploração da força de trabalho. Nem apresenta-se como um terceiro imparcial, cuja função é apenas impedir agressões à propriedade e à liberdade individual. Seu campo de atuação é a concretização da Constituição, observando a moldura que essa norma impõe à ordem jurídica.

Em um Estado Social, o administrador público ocupa o lugar simbólico de *realizador* desse sistema democrático. Quando esse Estado falha, o Poder Judiciário assume tal lugar, tornando-se, nas palavras de Garapon (2001, p. 49), “um espaço de exigibilidade da democracia”. Nessa medida, a prática de *terceirizar*, precarizando as relações de trabalho, seja em atividade-meio ou atividade-fim, no âmbito público ou privado, revela-se completamente oposta ao projeto de sociedade inculcado na Constituição (BRASIL, 1988), contrária à regra do art. 37 e avessa à função democrática que o Estado deve desempenhar.

No caso do Brasil, a Constituição inaugura uma nova racionalidade, adotando a solidariedade em substituição ao individualismo, sem impedir que a ideologia do capital siga sendo reproduzida. Essa racionalidade é incompatível com a exploração do trabalho pelo capital sob forma diversa daquela ali estabelecida: a relação de emprego (artigo 7º, inciso I) (BRASIL, 1988) para a iniciativa privada e o concurso (artigo 37) (BRASIL, 1988) para a administração pública. Qualquer tentativa de exploração de força de trabalho em moldes diversos, que precarizam a condição de quem vive do trabalho, representa claro boicote ao projeto de sociedade idealizado em 1988.

Em resumo, a opção foi por seguir investindo nossas energias na organização de uma sociedade capitalista, baseada na troca,

mas impor a esse modelo de convívio social limites muito objetivos, sem os quais o próprio capital perece, pois a história nos mostra que sem bons salários e boas condições de vida para a maioria das pessoas não há consumo nem desenvolvimento social sustentável.

A questão é que, como vimos nos capítulos anteriores, essa racionalidade vem sendo desrespeitada de modo sistemático, e a terceirização é talvez o melhor exemplo disso, pois a um só tempo nega o direito fundamental ao vínculo de emprego e ao concurso público, nega a possibilidade de consumo e planejamento da vida a médio ou longo prazo, nega a sensação de pertencimento, além de concretamente suprimir direitos que a ordem jurídica vigente reputa fundamentais. Por fim, a terceirização é a forma mais eficaz de eliminação do Estado, dispensando inclusive a necessidade de privatizar.

Daí porque uma jurisprudência que chancela tal prática nega esse compromisso histórico e atua para o desmanche do Estado Social. A dificuldade em perceber isso talvez decorra do fato de que até mesmo o Poder Judiciário terceiriza amplamente suas atividades. Isso acaba fazendo com que o olhar do tomador do trabalho confunda-se com o olhar do julgador, o que implica, em última análise, quebra do pacto democrático que institui a proteção a quem trabalha como fundamento da República. A terceirização permite perceber com ainda maior nitidez a ausência de neutralidade e, o que é ainda mais grave, a ausência de imparcialidade nas situações em que a administração pública é chamada a responder por sua opção administrativa de terceirizar.

Só mesmo essa compreensão de que em tais casos, ainda que inconscientemente, o julgador se reconhece na posição de tomador do trabalho, é capaz de explicar decisões nas quais o ente público é simplesmente excluído do polo passivo de uma demanda trabalhista em que sabidamente o prestador do serviço não tem condições financeiras de saldar a dívida, o que implica deixar as pessoas cuja força de trabalho foi utilizada sem o pagamento de verbas de caráter alimentar.

Nesse sentido, infelizmente, tem se posicionado algumas turmas do TRT da Quarta Região:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. ENTE PÚBLICO. O inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. No caso de entes integrantes da Administração Pública direta e indireta, a responsabilidade subsidiária não decorre de mero inadimplemento, devendo estar evidenciada a sua conduta culposa, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações da prestadora de serviços. Na hipótese, não ficou comprovada a conduta culposa da segunda reclamada. Recurso ordinário da reclamante não provido (BRASIL, 2019b).

O maior problema não é a afirmação de que é preciso haver culpa da administração pública, para que ela seja responsabilizada, fato que decorre da decisão proferida pelo STF na ADC 16, referida em capítulo anterior. O problema é o modo como se compreende tal prova. Ora, é mesmo evidente que um trabalhador contratado pela empresa X para prestar serviços para o ente Y não tem acesso aos documentos do contrato firmado entre tomador ou prestador. O que ele sabe, simplesmente, é que ambos se beneficiam da sua força de trabalho. Sabe quando seu salário atrasa, quando não recebe EPI ou sofre dano moral no ambiente de trabalho. Evidentemente, não tem como impedir que haja plena formalização de um suposto controle, através de documentos produzidos de forma unilateral pelo ente público ou consistente no mero repasse de informações da prestadora para a tomadora. Do mesmo modo, não há como exigir que faça prova de culpa.

Na decisão acima referida, o Relator, após transcrever trechos dos votos dos Ministros do STF na ADC 16 (BRASIL, 2010a), conclui que “inverter o ônus da prova à Administração Pública, sem considerar os documentos apresentados e pro-

vas produzidas, é o mesmo que impor a responsabilidade pelo simples inadimplemento e de forma objetiva, o que contraria o disposto na ADC 16” e adere à compreensão do TST, no sentido de que “a culpa da Administração Pública deve estar provada e que o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos do direito (responsabilidade subjetiva subsidiária do ente público pela inexistência de fiscalização) é do autor”. A decisão considera que os documentos trazidos pela tomadora revelam fiscalização do contrato e negam, desse modo, a sua responsabilidade pelo débito. Não houve, na compreensão da turma julgadora, “demonstração de omissão no dever de fiscalização, a qual deve estar provada”.

A prestadora de serviços, como sempre ocorre, não tem mais atuação, inclusive se utiliza do Estado, pois informa nos autos pedido de recuperação judicial. A inicial, no processo em exame, refere inclusive a existência de Ação Civil Pública (ACP 0020219-34.2015.5.04.0402) (BRASIL, 2016) em que denunciado desrespeito aos direitos fundamentais de seus empregados. A trabalhadora não recebeu suas verbas resilitórias, sequer obteve acesso aos documentos que permitem fruir o seguro-desemprego, condição de sobrevivência física para quem vive do trabalho. A prestadora também não anotou a baixa na CTPS da trabalhadora e foi revel. A tomadora não compareceu à audiência. Ainda assim, a sentença de primeiro grau já a excluiu do polo passivo, por considerar demonstrada a fiscalização, entendimento que, como se viu, foi mantido pelo tribunal.

O resultado concreto dessa decisão é que a trabalhadora, que foi despedida sem receber verbas resilitórias, terá um título executivo que certamente não conseguirá transformar em dinheiro. O resultado, portanto, é a completa inefetividade da atuação judicial, pois de nada vale uma sentença, cujo resultado é insuscetível de ser materializado. Se essa fosse a exceção, decorrente de uma análise peculiar do caso concreto, a situação não seria tão grave. Infelizmente, tem sido a regra.

6 CONCLUSÃO

A aceitação que a prática da terceirização encontra no cenário político e jurídico atual revela opção pelo discurso do “mal menor” segundo o qual disciplinar essa lógica de exploração, contendo-a dentro de limites que com a ADPF 324 (BRASIL, 2018b) resumem-se à responsabilidade do tomador, é aceitar a “evolução” das relações sociais. Na prática, implica condenar milhões de trabalhadores à realização de trabalhos invisíveis e precarizados.

No caso da administração pública, a situação é ainda mais grave, porque mesmo a responsabilidade tem sido afastada, de modo sistemático, por decisões judiciais que, na linha da ADC 16, representam verdadeiro salvo-conduto para que o Estado tome trabalho mediante o artifício da licitação por menor preço e se exima de qualquer responsabilidade, mesmo ciente – desde o momento em que exerce essa opção administrativa – de que todas as pessoas cuja força de trabalho reverterá em seu favor ficarão desassistidas e, como regra, ao final de um ou dois anos de prestação de serviço verão a empregadora desaparecer, terão negados seus direitos mais elementares e engrossarão, uma vez mais, a fila de desalentados que cresce a cada dia em nosso país.

Esconder-se atrás de argumentos retóricos que justificam esse verdadeiro projeto político de redução do Estado e de desmanche das bases de convívio social é compactuar com tal perversidade. Não há como isentar-se. Seja como cidadão, administrador ou julgador, o fato é que precisamos assumir nossa responsabilidade pela agressão que vem sendo praticada contra homens e mulheres que já não têm outro espaço de trabalho que não seja aquele de trabalhadores terceirizados, que convivem cotidianamente com a impossibilidade de pertencimento, com a redução das condições de trabalho e com a total precariedade do vínculo.

Ou agimos para reverter esse quadro, retomando o discurso constitucional que é visceralmente contrário a qualquer tipo de terceirização, especialmente em âmbito público, ou assumimos nossa função de agentes da barbárie.

REFERÊNCIAS

BIAVASCHI, Magda; DROPPA, Alisson. A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. **Mediações**: Revista de Ciências Sociais, Londrina, v. 16, n. 1, p. 124-141, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657>. Acesso em: 7 ago. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 jul.2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018a**. Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9507.htm. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.069, de 4 de novembro de 1969**. Revoga o artigo 18 do Decreto-Lei número 1.063, de 21 de outubro de 1969 e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%201.069-1969?OpenDocument. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.** Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.** Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983.** Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017a**. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017b**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo**. Brasília, DF: MTE, 2011a. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/combate%20trabalho%20escravo%20WEB%20MTE.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4330, de 26 de outubro de 2004**. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2015]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF**. Responsabilidade Contratual. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e

automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração.

Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, precedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. Relator: Min. Cezar Peluso, 24 de novembro de 2010a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2497093>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constitucional. Administrativo. Terceiro setor. Marco legal das organizações sociais. Lei nº 9.637/98 e nova redação, conferida pela Lei nº 9.648/98, ao Art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 [...]. Relator: Min. Ayres Britto, 16 de abril de 2015a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324/DF**. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 725 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para considerar lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante. Também por maioria, os Ministros decidiram que, na terceirização, compete à contratante verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada, bem como se responsabilizar pelo descumprimento das normas trabalhistas e previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei n. 8.212/1993. Relator: Min. Roberto Barroso, 30 de agosto de 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 958252/MG**. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 725 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para considerar lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante. Também por maioria, os Ministros decidiram que, na terceirização, compete à contratante verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada, bem como se responsabilizar pelo descumprimento das normas trabalhistas e previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei n. 8.212/1993. Relator: Min. Luiz Fux, 30 de agosto de 2018c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 791932/DF**. O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 739 da repercussão geral, conheceu do agravo e deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, que a ele negavam provimento. Acompanharam o Relator com outros fundamentos e sem aderir ao item 1 da sua conclusão os Ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “É nula a decisão de órgão fracionário que se recusa a aplicar o art. 94, II, da Lei 9.472/1997, sem observar a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97), observado o artigo 949 do CPC”, vencida a Ministra Rosa Weber. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 11 de outubro de 2018d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4517937>. Acesso em: 5 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). **Ação Civil Pública 0020219-34.2015.5.04.0402**. Porto Alegre: Tribunal Regional do Trabalho (4. Região), 2016. Disponível em: https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=218572&p_grau_pje=1&p_seq=20219&p_vara=402&dt_autuacao=23%2F02%2F2015&cid=13024. Acesso em: 8 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). **Processo 0020177-73.2019.5.04.0004**. Porto Alegre: Tribunal Regional do Trabalho (4. Região), 2019a. Disponível em: https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=1087316&p_grau_pje=1&popup=0&dt_autuacao=&cid=11487. Acesso em: 6 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). **Recurso Ordinário 0020978-02.2016.5.04.0551**. Descentralização administrativa. Consórcio intermunicipal do médio alto Uruguai – CIMAÚ. Quarteirização irregular dos serviços de saúde pública. Relator: Desemb. Marcelo José Ferlin D’Ambrosio, 9 de novembro de 2018e. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/MO8BFxWdL-fQOrX8EZ3vMCA?&tp=cardiologia+terceiriza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 7 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). **Recurso Ordinário 0020966-67.2018.5.04.0405**. Responsabilidade subsidiária. Tomador de serviços. Ente Público. Redator: Francisco Rossal de Araujo, 16 de maio de 2019b. Disponível em: https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=283238&p_grau_pje=2&p_seq=20966&p_vara=405&dt_autuacao=17%2F07%2F2019&cid=12205. Acesso em: 7 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4. Turma). **Recurso de Revista 133900-74.2008.5.03.0104**. Recurso de revista da

reclamada. Concessionária de serviços de telecomunicações. Call Center. Atividade-fim. Terceirização ilícita. Exegese do Artigo 94, inciso II, da Lei nº 9.472/1997. Incidência do item I da Súmula 331 do TST. Relator: Min. Antônio José de Barros Levenhagen. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2010b]. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#50bbe578e6587e562099491376482947>. Acesso em: 5 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (7. Turma). **Recurso de Revista 1024-02.2010.5.03.0003**. Recurso de Revista. Procedimento sumaríssimo. Juízo de retratação. Terceirização. Atividade-fim. Concessionária de serviço de telecomunicações. Tema nº 739 da tabela de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal. Relator: Desemb. Roberto Nobrega de Almeida Filho. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2019c]. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#62ee8a05016d7f00845b98e6ab938eb0>. Acesso em: 5 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 256**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (cancelada). Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2003]. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256. Acesso em: 5 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2011b]. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 31 jul. 2019.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES (CUT). **Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha**. São Paulo: DIEESE/CUT, 2011. Disponível em: http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf. Acesso em: 6 ago. 2019.

CRISÓSTOMO, Marta. Comissão para Erradicação do Trabalho Infantil da Justiça do Trabalho repudia uso de mão de obra escrava e infantil no caso Le Lis Blanc. **Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/5641089. Acesso em: 5 ago. 2019.

FAVELA fábrica. Produção: Vagner Fernandes. Roteiro: Sofia Amaral. Reportagem: Luciano Onça. São Paulo: Agência Pública, 2012. 1 vídeo (7 min 25 s). Publicado pelo canal Agência Pública. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=RMItbYJ_SOI. Acesso em: 20 maio 2015.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2.ed. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

KREIMENDAHL, Lothar (org). **Filósofos do século XVIII**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2004. (Coleção História da Filosofia).

MACHADO FILHO, Sebastião. “Marchandage”: a degradação do direito do trabalho e o retrocesso ao trabalho escravo no Brasil pelas chamadas “empresas prestadoras de serviço”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 20, n.79, p. 319-352, jul./set. 1983.

MINISTROS do TST: PL 4.330 provocará gravíssima lesão social de direitos trabalhistas. **Viomundo**: São Paulo, 7 abr. 2015, 19:35. Disponível em: <http://www.viomundo.com.br/denuncias/ministros-do-tst-sao-unanimes-pl-4-330-provocara-gravissima-lesao-social-de-direitos-trabalhistas.html>. Acesso em: 7 maio 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT).

Relatório mundial sobre trabalho infantil: vulnerabilidade econômica, proteção social e luta contra o trabalho infantil.

Genebra: Secretariado Internacional do Trabalho, 2013.

Disponível em: http://www.ilo.org/ipecc/Informationresources/WCMS_233016/lang--pt/index.htm. Acesso em: 26 maio 2015.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto (coord.).

Resistência III: o direito do trabalho diz não à terceirização.

[São Paulo]: Expressão Popular, 2019.

TERCEIRIZADO, um trabalhador brasileiro. Entrevistadores:

Valdete Souto Severo, Almiro Eduardo de Almeida e Jorge Luiz

Souto Maior. Edição: Bruno Souto Maior Sanábio. [São Paulo]:

Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital, 2015. 1 vídeo (1 h 19 min 42 s). Publicado pelo canal grupodepesquisatrabalhoecapital.

Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=iu5Xhu82fzc>.

Acesso em: 6 ago. 2019.