



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

FLÁVIO FERREIRA SILVA

**AS IMPLICAÇÕES DAS NORMAS SOBRE TERCEIRIZAÇÃO E A REFORMA
TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
UM OLHAR SOBRE A VULNERABILIDADE DOS FUNCIONÁRIOS TERCEIRIZADOS.**

BELÉM-Pa
2019

FLÁVIO FERREIRA SILVA

**AS IMPLICAÇÕES DAS NORMAS SOBRE TERCEIRIZAÇÃO E A REFORMA
TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
UM OLHAR SOBRE A VULNERABILIDADE DOS FUNCIONÁRIOS TERCEIRIZADOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^a Dra. Eliana Maria de Souza Franco Teixeira.

BELÉM-Pa
2019

FLAVIO FERREIRA SILVA

**AS IMPLICAÇÕES DAS NORMAS SOBRE TERCEIRIZAÇÃO E A REFORMA
TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
UM OLHAR SOBRE A VULNERABILIDADE DOS FUNCIONÁRIOS TERCEIRIZADOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito do Instituto de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Pará
como requisito para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^a
Dra. Eliana Maria de Souza Franco Teixeira.

Belém, _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Eliana Maria de Souza Franco Teixeira, Dra.
Orientadora – Universidade Federal do Pará – UFPA.

Membro – Universidade Federal do Pará – UFPA.

Membro – Universidade Federal do Pará – UFPA.

Dedico este trabalho primordialmente à minha Família, Francisco (Pai), Angela (Mãe), Irmãos, e especialmente às minhas filhas: Vidah e Mariana. E com amor privativo de quem convive há 20 anos nesta jornada de vida, para minha esposa Mell, pelo suporte, carinho, paciência e dedicação irrestrita a mim. Gostaria de agradecer ao colega Caio Chady, pelo material didático, que gentilmente cedeu para a elaboração desta pesquisa. À Roseny Mendes e aos colegas do SECAP pelo apoio incondicional. Finalmente presto homenagem a minha orientadora Prof. Dra. Eliana Franco Teixeira, pela compreensão, serenidade e ensinamentos indispensáveis para a conclusão deste estudo.

RESUMO

O debate sobre a Lei da Terceirização e a Reforma Trabalhista, possui contemporaneidade singular no cenário brasileiro atual e suscita muitas divergências, Souto Maior (2017, p. 1-2), explica que os defensores da Reforma Trabalhista baseiam seu intento em quatro linhas de argumentação: a) modernização da legislação; b) diminuição dos elevados custos do trabalho; c) não se pode mais tratar o trabalhador como coitado; e d) combate à insegurança jurídica, e ainda sustentam que a Reforma é necessária para aumentar a competitividade das empresas; acabar com o problema do desemprego; e favorecer as pequenas e médias empresas. Delgado e Delgado (2017, 39-40), por sua vez afirmam que a Reforma Trabalhista surge claramente para retornar o Direito ao seu antigo papel histórico, qual seja, um instrumento de exclusão, segregação e sedimentação de desigualdades ente pessoas humanas e grupos sociais. O problema da pesquisa versará sobre as implicações das normas de terceirização e da reforma trabalhista no âmbito, inclusive, da administração pública e seus efeitos sobre as relações de trabalho no período de 2015 a 2017. O objetivo da pesquisa é analisar os impactos das normas da terceirização e da reforma trabalhista, incluindo o âmbito da Administração Pública, promovendo um olhar sobre a vulnerabilidade dos funcionários terceirizados. Vulnerabilidades que se somam, em uma simbiose que transpõe os conceitos, coexistindo no horizonte das relações humanas sociais e individuais em diversos aspectos, cita-se como referência, as verbas trabalhistas não quitadas, que não representa somente uma vulnerabilidade econômica, devido ao dinheiro que o trabalhador não recebeu, possui reflexos sociais (degradação das condições de vivência), laborais (instabilidade para executar os serviços a contento) e judiciais (direito de acionamento dos órgãos de Justiça para resolver a situação), tudo de forma simultânea e simbiótica, sobretudo no que concerne às verbas trabalhistas de responsabilidade da empresa terceirizada e quando essa responsabilidade é afastada da tomadora dos serviços. A metodologia será bibliográfica, documental e jurisprudencial, partindo da análise de normas, princípios, jurisprudências e suas alterações.

Palavras chaves: Administração Pública, terceirização, responsabilidade, reforma trabalhista.

ABSTRACT

The debate about the outsourcing's Law and the labor's reform, has a unique contemporaneity in the current Brazilian scenario and it raises many disagreements. Souto Maior (2017, p. 1-2), explains that the defenders of the Labor Reform base their intention on four lines of argumentation: a) modernization of legislation; b) reduce of high labor costs; c) The worker can no longer be treated as a needy person; and d) combat legal uncertainty, and they are still claims that the Reform is necessary to increase the competitiveness of businesses; cease the problem of unemployment; and support small and medium enterprises. Delgado and Delgado (2017, 39-40), in turn, affirm that the Labor Reform clearly emerges to return the Law to its former historical role, that is, an instrument of exclusion, segregation and sedimentation of inequalities between human people and social groups. The research's problem will address the implications of outsourcing's laws and the labor reform, inclusive, within the scope of Public Administration as well as their effects on labor relations from 2015 to 2017. The objective of this research is to analyze the impacts of outsourcing's laws and labor's reform, including the scope of Public Administration, promoting a panorama about the vulnerability of outsourced employees. Vulnerabilities that add up, in a symbiosis that transposes the concepts, coexisting on the horizon of social and individual human relations in various aspects, is quoted as reference, unpaid legal amounts, which is not only an economic vulnerability, because of the money that the worker did not receive, has social consequences (degradation of living conditions), consequences in the labor (instability to perform the services properly) and judicial reflexes (right of action in the Justice agencies to resolve the situation), all simultaneously and symbiotic, especially with regard to the legal amounts for which the outsourced company is responsible and when this responsibility is removed away from the service acquirer.

Keywords: Public Administration, outsourcing, responsibility, labor reform.

Lista de ilustrações

Figura 1: Síntese gráfica do desenvolvimento normativo da Terceirização.....	19
Gráfico 2: Assuntos mais demandados na Justiça do Trabalho de 2015 a 2018.....	51
Gráfico 3: Evolução numérica dos assuntos mais demandados na Justiça do Trabalho de 2015 a 2018.	52
Gráfico 4: série histórica de movimentação processual trabalhista.....	53
Gráfico 5: Número de casos novos no período de 2015 a 2018, em que a administração pública direta e indireta federal está como demandada.	67
Figura 4: Número de casos novos no período de 2015 a 2018, em que a administração pública direta e indireta federal está como demandada.....	71

Sumário

1. INTRODUÇÃO	9
2. TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO.....	13
2.1. Conceito de terceirização	13
2.2. Evolução Legislativa.....	14
2.3. A questão atividade fim <i>versus</i> atividade meio	20
2.4. Perspectiva no momento atual	22
3. O SERVIÇO DE TERCEIROS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	24
3.1. Administração Pública.....	25
3.2. Serviço Público	26
3.3. Processo de transferência dos serviços no âmbito da Administração Pública.....	27
3.4. Terceirização: legislação comparada	28
3.4.1. Terceirização: legislação comparada – o caso do México	29
3.4.2. Terceirização: legislação comparada – o caso da Argentina.....	36
3.4.3. A terceirização: antes e após a Reforma Trabalhista.....	39
3.4.4. Aspectos negativos e positivos da terceirização.	40
3.4.5. Fiscalização e controle contratual.....	43
4. RESPONSABILIDADE E TERCEIRIZAÇÃO: VULNERABILIDADE DOS FUNCIONÁRIOS TERCEIRIZADOS	47
4.1. Responsabilidade do Estado	47
4.2. Implicações judiciais da Lei da Terceirização e da Reforma Trabalhista	51
4.3. Princípios trabalhistas e constitucionais de proteção do trabalho	55
4.4. Vulnerabilidade dos funcionários terceirizados	61
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
6. REFERÊNCIAS	75

1. INTRODUÇÃO

Vivemos um período em que terceirizar é a palavra de ordem. Das pequenas às grandes empresas, da Administração Pública Direta à Administração Pública Indireta, fisicamente ou virtualmente; União, Estados e Municípios, todos utilizam serviços terceirizados como estratégia para reduzir custos e enxugar a máquina administrativa, esse processo/técnica mostra-se bastante robusto e irreversível sob o prisma de sua utilização nos mais diversos setores.

Esta pesquisa tem como finalidade discutir a terceirização, inclusive, na Administração Pública e suas implicações sobre as relações de trabalho e a vulnerabilidade dos trabalhadores terceirizados, estudar a responsabilidade por verbas trabalhistas não quitadas de funcionários terceirizados antes e após a Lei da Terceirização e Reforma Trabalhista no período de 2015 a 2017, visto que a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (Lei da Reforma Trabalhista) ampliou a possibilidade de terceirização dos serviços de quaisquer atividades, inclusive a atividade-fim (principal) da contratante e as decisões do Supremo Tribunal Federal fortaleceram ainda mais o instituto, dando-lhe o apoio constitucional necessário para transpor o obstáculo justralhista, seja qual for.

A terceirização, originalmente, pela Lei nº 6.019/74 era limitada à contratação e execução apenas na atividade-meio (aquela considerada como acessória, secundária ou não essencial para a empresa), e por força da jurisprudência consolidada pelo Tribunal Superior do Trabalho, especificamente a Súmula nº 331.O que foi alterado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e com mais ênfase e amplitude pela Lei da Reforma Trabalhista, promovendo alterações profundas quanto ao tratamento da terceirização trabalhista no Brasil.

De fato, a Justiça trabalhista nacional somente aceitava como válida a terceirização que tivesse por objeto a atividade-meio da empresa. A consequência do descumprimento era o reconhecimento da existência de vínculo empregatício entre o tomador do serviço e o trabalhador, o que não ocorre em relação à Administração Pública, por imposição constitucional, a sua responsabilidade em quitar as obrigações trabalhistas quando a empresa contratada ficar inadimplente com o funcionário terceirizado, deve ser devidamente comprovada e apenas no caso de fiscalização deficiente do contrato, dessa forma o objetivo geral deste trabalho é analisar os efeitos da terceirização, incluindo, o âmbito da Administração

Pública no período de 2015 a 2017 considerando o trabalho terceirizado utilizado em seus órgãos.

As limitações da responsabilidade do Estado precisam ser debatidas de acordo com a realidade socioeconômica e normativa trabalhista, principalmente, quando se tratar da vulnerabilidade dos funcionários terceirizados que empregam sua força de trabalho em prol da Administração Pública, é necessário garantir o mínimo de segurança contratual e legal para que as obrigações trabalhistas dessas pessoas possam ser completamente liquidadas quando a empresa terceirizada não o fizer.

Portanto, especificamente, a pesquisa promovida pretende: conhecer as implicações trabalhistas da terceirização sobretudo no que concerne a vulnerabilidade dos funcionários terceirizados; especificando a responsabilidade da Administração Pública frente à terceirização utilizada em seus serviços/atividades; descrevendo como ocorre a retenção de valores no ato da contratação de empresa terceirizada para fazer frente a verbas trabalhistas não pagas; identificar fatores de vulnerabilidade nos termos do Direito trabalhista relacionados aos funcionários terceirizados; analisar os impactos judiciais da Reforma Trabalhista; explicar como a situação de vulnerabilidade trabalhista dos funcionários terceirizados pode contribuir para precarização dos serviços públicos; realizar uma comparação com as legislações trabalhistas brasileiras e estrangeiras no que concerne à terceirização; analisar jurisprudências dos tribunais superiores (TST e STF) relacionadas à terceirização no período de 2015 a 2017; e, por fim questionar o instituto da terceirização na Administração Pública sob a perspectiva dos valores sociais do trabalho.

Pensar nos efeitos da terceirização no Direito do Trabalho é preciso, sobretudo na atualidade, por conta dos aspectos sociais, econômicos, políticos e jurídicos envolvidos. As Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017 ampliaram o horizonte de serviços terceirizáveis, com isso a possibilidade de efeitos negativos, como precarização, descontinuidade e instabilidade dos serviços públicos, bem como a maior perspectiva de processos trabalhistas em que a Administração Pública figure como pólo passivo da ação e, ainda, poder ser responsabilizada por verbas trabalhistas não quitadas de funcionários terceirizados é iminente. Atualmente, segundo dados da Controladoria Geral da União¹ existem 2.249.122 (dois milhões e duzentos e quarenta e nove mil e cento e vinte e dois) funcionários terceirizados somente de órgão

¹ Dados públicos disponíveis em: <http://cgu.gov.br/sobre/dados-abertos/arquivos/terceirizados>. Acesso em 4 set. 2019.

federais em janeiro de 2019. Dados publicados em 2017 afirmavam que para cada servidor federal, o governo gasta R\$ 23 mil em terceirização², isso representou um custo total de cerca de R\$ 25,1 bilhões naquele ano, uma despesa significativa que necessita ser avaliada se está gerando a redução de custos esperada, comparado com a contratação de um servidor.

Nesse universo de terceirizados a questão trabalhista e a responsabilidade em quitar verbas não pagas pela empresa contratada têm importância indispensável tanto para a Administração Pública quanto para o trabalhador, que é o elo mais fraco na relação jurídica e que por vezes acaba sem receber nada pelo trabalho efetivamente realizado nas dependências dos órgãos públicos.

A terceirização trabalhista não encontra harmonia com os fundamentos do Direito do Trabalho, sobretudo quanto à proteção do trabalhador, pois a própria CGU³ afirma que órgãos e entidades terão que verificar, por amostragem, se a empresa contratada está cumprindo as obrigações com os empregados, ou seja, não é uma verificação completa, sujeitando um ou mais trabalhadores a ter seus direitos não fiscalizados de forma correta, deixando-os ao arbítrio da sorte para receber os créditos trabalhistas no caso de inadimplência, desaparecimento e falência da empresa contratada. O que, de fato, não representa justiça social, porque o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, gera um dano e esse dano precisa ser reparado, implicando a responsabilidade subsidiária/solidária do contratante, baseada na responsabilidade subjetiva e na responsabilidade objetiva, com o fim de garantir a proteção jurídica à pessoa humana, uma vez que o dano (inadimplência trabalhista) provocado pela empresa contratada originou-se pelo trabalho exercido em proveito da Administração Pública.

A metodologia da pesquisa será desenvolvida a partir do método hipotético-dedutivo de pesquisa, empregando o conhecimento já consagrado dos principais autores do assunto nas áreas do Direito do Trabalho, do Direito Administrativo e do Direito Civil, entre outros correlatos, além da pesquisa bibliográfica, será utilizada a produção documental oriunda de artigos e periódicos, bem como a análise normativa e jurisprudencial brasileira, comparando quando oportuno com a legislação estrangeira específica do tema tratado.

² Fonte: Gazeta do Povo. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/para-cada-servidor-federal-governo-gasta-r-23-mil-em-terceirizacao-3nd4s0r4bcx7d4pysqo9nvvqu/>. Acesso em 4 set. 2019.

³ Fonte: CGU. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/noticias/2017/05/cgu-contribui-para-melhoria-da-gestao-dos-servicos-terceirizados-no-governo-federal>. Acesso em 4 set. 2019.

O desenvolvimento do trabalho abrange 03 (três) seções que tratam, respectivamente, da terceirização no Direito do Trabalho; seu conceito; evolução legislativa e jurisprudencial; a questão atividade-fim *versus* atividade-meio; e a perspectiva no momento atual. Na segunda seção serão tratados os assuntos relacionados ao serviço de terceiros na Administração Pública; o que se entende por Administração Pública; o serviço público; o processo de transferência dos serviços no âmbito da Administração Pública; legislação comparada com os casos mexicano e argentino; a terceirização antes e após a Reforma Trabalhista; aspectos negativos e positivos da terceirização; a fiscalização e controle contratual dos serviços terceirizados; e, por fim, na terceira seção, o estudo sobre a responsabilidade da Administração Pública nos casos de verbas trabalhistas não quitadas pela empresa contratada, as implicações judiciais da Reforma Trabalhista; os princípios trabalhistas e constitucionais de proteção do trabalho; e a situação de vulnerabilidade dos funcionários terceirizados.

2. TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

A terceirização, enquanto conceito, originou-se da ciência da Administração, com a finalidade de reduzir os custos dos empreendimentos e para promover a especialização das atividades empresariais, permitindo uma maior concentração das empresas no objetivo para o qual foram criadas, ou seja, nas suas atividades-fim. Chiavenato (2003, p. 225), explica que aproximadamente nas décadas de 1980 e 1990, surgiram técnicas de mudança organizacional tendo por base o enxugamento (*downsizing*), a terceirização (*outsourcing*) e a reengenharia. O enxugamento se fez por meio da redução de níveis hierárquicos ao essencial, eliminando posições do nível intermediário a fim de aproximar o nível operacional do nível institucional e simplificar e compactar as organizações. A terceirização se fez por meio da transferência de atividades não-essenciais para terceiros ou fornecedores que possam fazê-las melhor e mais barato, como afirma Chiavenato (2003, p. 225). Contudo, não se trata, segundo Delgado (2019, p. 540), de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes, e sim para enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa. É um tema multidisciplinar que envolve a Administração e os ramos do Direito do Trabalho e do Direito Administrativo principalmente.

2.1. Conceito de terceirização

Delgado (2019, p. 540), conceitua terceirização como fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. Para Bomfim (2018, p. 112), a terceirização é a relação trilateral que se forma entre o empregado, a empresa intermediadora (empregador aparente ou formal) e o tomador dos serviços (empregador real ou natural), em que esse último se vale da mão de obra de um trabalhador sem contratá-lo diretamente como empregado. Repassa as ordens, o pagamento e o trabalho para que a empresa interposta, colocadora dos serviços, o faça e se apresente formalmente como empregadora. Em seu curso de Direito do Trabalho, Bezerra (2019, p. 546) leciona que terceirização é um procedimento adotado por uma empresa que, no intuito de reduzir os seus custos, aumentar a sua lucratividade e, em consequência, sua competitividade no mercado, contrata outra empresa que, possuindo pessoal próprio, passará a prestar aqueles serviços que seriam realizados normalmente pelos seus empregados.

Como mencionado, o conceito é multidisciplinar e abrange além do Direito trabalhista, o Direito Administrativo e a ciência da Administração, deste modo a terceirização nas palavras de Di Pietro (2019, p. 361) é a contratação, por determinada empresa (o tomador de serviço), do trabalho de terceiros para o desempenho de atividade-meio. Ela pode assumir diferentes formas, como empreitada, locação de serviços, fornecimento etc. E Chiavenato (2003, p. 584), por sua vez expõe que é quando uma operação interna da organização é transferida para outra organização que consiga fazê-la melhor e mais barato. Significa uma transformação de custos fixos em custos variáveis e uma simplificação da estrutura e do processo decisório da organização.

Portanto, *terceirizar* é a técnica organizacional-administrativa, dentro de uma relação jurídica trilateral, de transferir parte de suas atividades ou setores não essenciais com objetivo de reduzir custos, desburocratizar e dinamizar os aspectos negociais do empreendimento.

No padrão contemporâneo de terceirização, existe uma trilateralidade justabalhista entre a empresa tomadora do serviço, a empresa terceirizada e o trabalhador terceirizado. Em que o trabalhador é inserido, nesse processo produtivo do tomador de serviços, sem que se estendam a este os direitos trabalhistas do vínculo com a empresa tomadora do serviço, a qual de fato se beneficia com sua força de trabalho, sem, no entanto, assumir a posição de empregadora. Esse vínculo jurídico trabalhista é firmado com a empresa terceirizada. Esse padrão empregatício é bastante diferente do modo clássico que é a relação bilateral, e isso, nas palavras de Delgado (2019, p. 541) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história.

2.2. Evolução Legislativa

Historicamente, no Brasil, apenas a partir da década de 1970 é que a terceirização enquanto fenômeno trabalhista ganha estrutura e amplitude relevantes. Delgado (2019, p. 542), esclarece que tal fórmula terceirizante foi

capturada e disseminada, no Ocidente, pela primeira onda da construção hegemônica do *neoliberalismo*, a partir da crise do Estado de Bem-Estar Social europeu na década de 1970, ela iria se tornar, nos anos seguintes, um dos veículos mais importantes dessa corrente ideológica, em seu incessante esforço para desconstruir o *Welfare State* e os direitos individuais e sociais trabalhistas afirmados pelo Constitucionalismo Humanista e Social elaborado, na Europa, logo em seguida ao término da Segunda Grande Guerra.

No contexto normativo nacional, desde 1943 existe no Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 455, existe a previsão de contratação de força de trabalho por intermédio de subempreiteiro. Sendo o subempreiteiro responsável pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que promover, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Apenas nas décadas de 1960 e 1970 é que o ordenamento jurídico brasileiro referenciou, embora sem a denominação “terceirização” e apenas no âmbito estatal, normas mais destacadas a esse fenômeno que foram o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que trazia a ampla possibilidade de descentralização das atividades da Administração Federal em três planos principais: dentro dos quadros da Administração Federal; da Administração Federal para a das unidades federadas; e da Administração Federal para a órbita privada, através de contratos ou concessões.

A Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, que trazia em seu Art. 3º, Parágrafo único, que as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas deveriam ser, preferencialmente, objeto de execução indireta, mediante contrato. A partir de então, em 1974, surgiu a norma que proporcionou o ponto de virada do fenômeno terceirizante: a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro daquele ano, Lei do Trabalho Temporário. Uma lei específica de terceirização do trabalho. Por intermédio dessa norma uma empresa de trabalho temporário, pessoa física ou jurídica urbana, poderia colocar à disposição de outras empresas os trabalhadores por ela remunerado e assistidos. Compreendendo como trabalho temporário aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou ao acréscimo extraordinário de seus serviços. Em junho de 1983, a Lei 7.102, no art. 3º, I, estendeu a possibilidade (permanente) de terceirização do trabalho de vigilância ostensiva e o transporte de valores para estabelecimentos financeiros.

O Tribunal Superior do Trabalho - TST editou duas súmulas de jurisprudência uniforme, a Súmula nº 256, de 1986, e a de nº 331, de dezembro de 1993, que conforme Delgado (2019, p. 543) “esta última produzindo *revisão* da anterior Súmula 256”. A Súmula 256, versava sobre a legalidade do contrato de prestação de serviços, declarando que

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.

A Súmula 331⁴ do Tribunal Superior do Trabalho - TST, de 21 de dezembro de 1993, passou a prever a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços em casos de inadimplência das verbas trabalhistas por parte da empresa prestadora do serviço. Delgado (2019, p. 547) explica que a Lei nº 8.949, de 9 de dezembro de 1994 que declarou a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados, introduziu nova hipótese de terceirização ou, pelo menos, provocou, na prática, o surgimento de maciça onda de terceirizações com suporte na fórmula cooperada. Em 11 de setembro de 2000 a Resolução nº 96, o Pleno do TST, decidiu, por unanimidade, alterar o item IV do Enunciado 331 e fez alcançar a responsabilidade pela inadimplência das obrigações trabalhistas aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que tenham participado da relação processual e constem também no título executivo judicial. Contudo em novembro de 2010, após uma série de reclamações ajuizadas no Supremo Tribunal Federal contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho baseadas na Súmula 331, o STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, por maioria, afastou a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de terceirização, assim o item IV da súmula 331 que antes previa o seguinte:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST Enunciado nº 331, 1993).

Passou a ter a seguinte redação:

⁴ Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

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

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.

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

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. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST Enunciado nº 331 - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21/11/2003).

Com o acréscimo, pelo TST do item V, na Súmula 331:

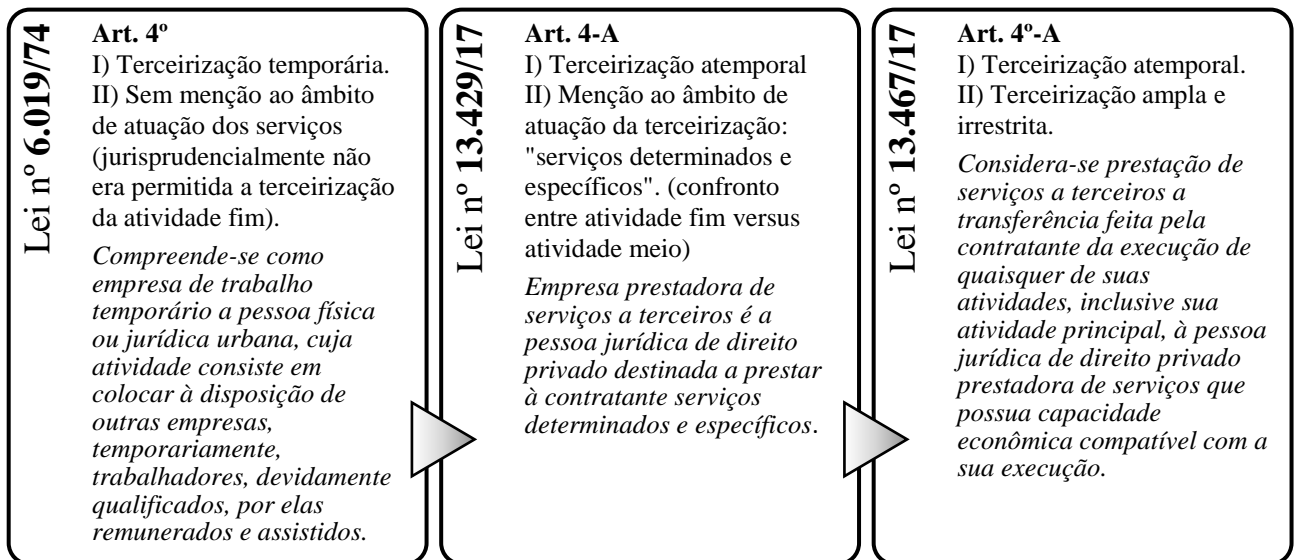
Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST Enunciado nº 331 - Resolução nº 174/2011 – DEJT de 30.05.2011, págs. 4 a 24.)

Em 19 de março de 1998, foi apresentado o Projeto de Lei nº 4.302 pelo Poder Executivo, ele alterava dispositivos da Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974 que tratava sobre as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na empresa de prestação de serviços a terceiros. Apenas em 31 de março de 2017 aquele projeto foi convertido na Lei Ordinária nº 13.429, a grande novidade dessa lei é o fato de não mencionar ou proibir a terceirização em atividade-fim, mas, no geral, elas não afetaram significativamente o cenário jurídico. O que de fato somente ocorreu com a edição da Lei nº 13.467, publicada em 14 de julho de 2017, cuja origem foi o Projeto de Lei nº 6.787/2016, que introduziu regras explícitas sobre a terceirização em sentido mais amplo.

Ao julgar, em 30 de agosto de 2018, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 e o Recurso Extraordinário nº 958252, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais. A partir dessas normas e do entendimento do Supremo Tribunal Federal, foi ampliado sobremaneira o horizonte de incidência dos serviços terceirizáveis no Brasil.

A Lei Ordinária nº 13.429, sancionada e promulgada, em março de 2017, conhecida como Lei da Terceirização, incluiu os arts. 4º-A, 4º-B, 5º-A, 5º-B, 19-A a 19-C, na Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

A Lei da Terceirização sofreu alteração com o advento da Lei nº 13.467 de julho de 2017, conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista, que trouxe regras explícitas e ampliou as regras sobre a terceirização, como exemplo da ampliação do campo de atuação dos serviços terceirizáveis, temos o art. 4º da Lei 6.019/74 que deu início à terceirização e seus desdobramentos nos art. 4-A das normas seguintes de acordo com o quadro abaixo:

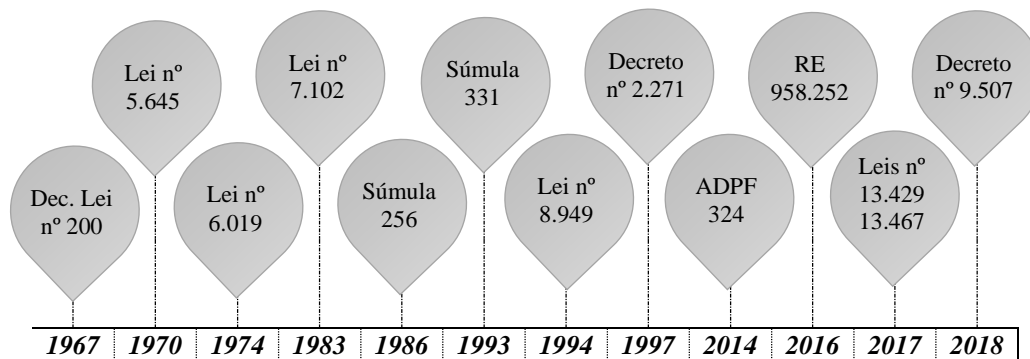


A terceirização no âmbito da Administração Pública Federal era regulamentada pelo Decreto nº 2.271/1997. Contudo a partir de 21 de setembro de 2018 o Decreto nº 9.507/2018 revogou o Decreto nº 2.271/1997 e passou a dispor sobre a execução indireta de serviços nessa esfera de poder. Pelo decreto não serão objeto de execução indireta (terceirização) os serviços:

- a) que envolvam atos decisórios ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;
- b) que sejam estratégicos para administração, e cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;
- c) que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e
- d) que sejam abrangidas pelo plano de cargos da administração pública, exceto quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Em síntese, a evolução legislativa das principais normas da estrutura externalizante dos serviços encontra-se na linha do tempo, abaixo:

Figura 1: Síntese gráfica do desenvolvimento normativo da Terceirização.



A legislação e suas alterações justralhistas citadas⁵ auxiliam na compreensão do surgimento legal do fenômeno da terceirização no Brasil e a ruptura com o modelo bilateral de contratação de trabalho subordinado, conforme a CLT, para o uso maciço da fórmula trilateral terceirizante, que, para Delgado (2019, p. 548) conduz a certo desajuste teórico no legislador trabalhista do País.

⁵ O **Projeto de Lei nº 4.330**, apresentado em 26/10/2004, de autoria do ex-deputado Sandro Mabel (MDB-GO), dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes. A situação atual desse projeto é: “aguardando apreciação pelo Senado Federal”, a remessa ao Senado Federal ocorreu em 27 de abril de 2015. O PL define terceirização, contratante e contratada. Admite a terceirização de qualquer atividade da contratante (Art. 4º). Afirma a responsabilidade solidária da contratante (Art. 15). A possibilidade de retenção em conta específica das verbas necessárias ao adimplemento das obrigações, através da garantia prestada pela contratada variando de 4% a 50% ou 4% a 130%, do valor equivalente a 1 (um) mês de faturamento do contrato em que ela será prestada, conforme o caso descrito nesse Projeto de Lei, dentre outros. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>. Acesso em 03 nov. 2019. A **Medida Provisória nº 808**, de 14 de novembro de 2017, alterou a CLT – a reforma trabalhista -, mas perdeu a validade em abril de 2018.

A **Medida Provisória nº 905**, de 11 de novembro de 2019, que institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, modalidade de contratação destinada à criação de novos postos de trabalho para as pessoas entre dezoito e vinte e nove anos de idade, para fins de registro do primeiro emprego em Carteira de Trabalho e Previdência Social. Altera a legislação trabalhista em diversos pontos, como exemplo, seguro-desemprego, auxílio doença, trabalho sábado e domingo, FGTS e outros. Segundo o senador Paulo Paim (PT-RS), a MP usurpa direitos dos trabalhadores, já que modifica 135 tópicos constitucionais, entre artigos, incisos e parágrafos. O senador afirmou que a MP é mais forte que a própria reforma trabalhista, que mexeu em 117 artigos. Ainda segundo o senador a MP é injusta com a classe trabalhadora, já que o pacote econômico do governo, formulado pelo ministro da Economia, Paulo Guedes, planeja, “além de outras maldades”, cobrar do seguro-desemprego uma contribuição previdenciária correspondente a 7,5% do benefício. Na opinião do parlamentar, as medidas adotadas pelo Executivo podem provocar um verdadeiro desmonte nos direitos dos trabalhadores brasileiros.

Fonte: Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/11/19/mp-905-usurpa-direitos-dos-trabalhadores-afirma-paim>. Acesso em: 20 nov. 2019.

2.3. A questão atividade fim *versus* atividade meio

Houve durante bastante tempo uma acirrada discussão sobre a possibilidade de terceirização dos serviços relacionados com a atividade fim da tomadora dos serviços. É uma questão relevante para entender a amplitude que o fenômeno terceirizante tomou nos últimos anos. Atividades meio são aquelas não relacionadas, diretamente, com as atividades essenciais da empresa, exemplo: Universidade – Atividade fim: Ensino/Produção de conhecimento. A atividade-meio, por outro lado, mantém idêntica essencialidade para o adequado funcionamento do negócio, mas não possui relação imediata com a atividade nuclear do empreendimento, exemplo, serviços como limpeza, manutenção e segurança. A análise final no caso de uma Universidade: ela poderia contratar serviços de limpeza e conservação, que são acessórios à sua atividade principal (portanto, caracterizados como atividade meio), mas não professores, que são a essência do negócio de ensino.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 958.252, com repercussão geral reconhecida para examinar a constitucionalidade da Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho - TST, com relação à proibição da terceirização de atividades-fim e responsabilização do contratante pelas obrigações trabalhistas referentes aos empregados da empresa terceirizada. O Ministro Luiz Fux (Relator), deu provimento ao recurso extraordinário, para reformar o acórdão recorrido e fixar a tese de que

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, revelando-se inconstitucionais os incisos I, III, IV e VI da Súmula 331⁶ do Tribunal Superior do Trabalho. (STF, RE 958.252, 2018).

⁶ Segundo o Informativo 913 do STF, disponível em

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo913.htm>, o voto do Min. Luiz Fux, no RE n. 958.252, aponta que o “Enunciado 331 (1) da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (TST) foi considerado inconstitucional por violar os princípios da livre-iniciativa e da liberdade.

(1) Enunciado 331 do TST: “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 6.019, de 3.1.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. 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. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

Entendimento acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, seguidos dos votos divergentes dos Ministros(a) Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 725 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário. Em seguida, o Tribunal 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”. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux (STF, RE 958.252, 2018), afirmou que:

A terceirização, segundo estudos empíricos criteriosos, longe de “precarizar”, “reificar” ou prejudicar os empregados, **resulta em inegáveis benefícios aos trabalhadores em geral**, como a redução do desemprego, diminuição do *turnover*, crescimento econômico e **aumento de salários**, permitindo a concretização de mandamentos constitucionais como “**erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais**”, “redução das desigualdades regionais e sociais” e a “**busca do pleno emprego**” (arts. 3º, III, e 170 CRFB). (grifo do nosso).

O Ministro relator cita, em seu voto, a obra *In Defense of Outsourcing* do economista e editor-chefe do *Journal of Economic Perspectives*, o estadunidense Timothy Taylor, dessa forma:

“A teoria econômica, à luz dessas constatações empíricas, vaticina que, verbis: “Quando a terceirização permite às firmas produzir com menos custos, **a competição entre firmas que terceirizam diminuirá os preços dos seus produtos.** (...) **consumidores terão mais dinheiro** para gastar com outros bens, o que **ajudará empregos em outras indústrias**” (TAYLOR, Timothy. “In Defense of Outsourcing”. In: 25 Cato J. 367 2005. p. 371). (grifo nosso).

O autor, fonte da citação do Ministro, inicia a obra referida narrando que:

Você provavelmente não costurou suas roupas, tampouco cultivou sua comida. Você também não construiu sua casa, seu carro, não fez seus próprios procedimentos odontológicos ou cortou seu próprio cabelo. Você pode não ter limpado sua própria casa ou cortado sua grama. Se você é solteiro você pode optar por um serviço de encontros para encontrar seu amor, e depois disso você pode delegar parte da criação do seu filho para um serviço de creche infantil. Em outras palavras, você terceiriza na sua vida pessoal. (TAYLOR, 2005, p. 367, tradução nossa).⁷

O que o autor estadunidense talvez não considerou é que não se trata da mera transferência de um serviço/atividade por questões práticas mas, efetivamente, como essa

⁷ You probably did not sew the clothes you are wearing as you read this, nor did you grow the food you will eat today. You also didn’t build your own home, manufacture your own car, perform your own dentistry, or cut your own hair. You may not clean your own house or mow your own lawn. If you’re single you may opt for a dating service to find romance, and once you’ve found it you may delegate part of your child rearing to a day-care service. In other words, you outsource in your personal life. Everyone does, and with good reason.

transferência ocorre em toda sua existência, sobretudo no que concerne a não exploração do trabalhador, a garantia da dignidade humana, do valor social do trabalho, da função socioambiental da empresa, da relação de emprego protegida e da busca do pleno emprego.

Com esses argumentos, entre outros, o Relator, acompanhado pela maioria do Plenário, julgaram procedente o pedido formulado na ADPF 324 e deu provimento ao RE 958.252, para considerar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio, encerrando as discussões jurisprudenciais acerca desse assunto.

2.4. Perspectiva no momento atual

O cenário recente quanto a terceirização é no sentido de reconhecer a sua constitucionalidade em qualquer área da atividade produtiva/laboral. É o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF consolidado nos julgamentos da ADPF 324, de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso e, sob a sistemática da repercussão geral, do RE 958.252, sob Relatoria do Ministro Luiz Fux, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 26, Distrito Federal, de 23 de agosto de 2019, proposta pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADDEE, que objetivava a declaração da constitucionalidade do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995 (que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Republicana), *in verbis*:

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

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. (BRASIL, Lei nº 8.987, 1995).

A associação expressou que a norma em questão foi criada mediante exercício regular de competências constitucionais e, por isso, deve ter a sua constitucionalidade reconhecida, **a despeito da interpretação restritiva do princípio da valorização do trabalho humano feita pelas Cortes trabalhistas**, (ADC 26/DF, p. 4), grifo nosso. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ação, ou, sucessivamente, pelo indeferimento da liminar, pedido liminar indeferido pelo então relator, Min. Ricardo Lewandowski, por não estarem presentes a plausibilidade do direito e o risco de dano irreparável.

O pedido foi julgado procedente para declarar a constitucionalidade do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, de acordo com a manifestação do senhor Ministro Edson Fachin, destacando que a requerente alegou ofensa ao art. 169, § 1º⁸, da Constituição Republicana de 1988, haja vista a impossibilidade de contratação da totalidade dos empregados das concessionárias de energia elétrica por meio de concurso público, devido a necessidade de prévia dotação orçamentária para satisfazer as previsões de despesa de pessoal.

Alegou também afronta ao princípio da livre iniciativa, insculpidos nos arts. 1º, IV, e 170, *caput* e parágrafo único, da Constituição brasileira de 1988, por impedir o livre exercício de atividade econômica lícita. O Ministro observou que os princípios regentes das relações privadas não se aplicam de forma integral ao serviço público. Que o art. 175 da Constituição da República determina a obrigatoriedade de procedimento licitatório para a concessão de serviços públicos, o que naturalmente limita o alcance dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, e finalizou que o interesse público é elemento primordial do contrato de concessão, não prosperando, dessa maneira, a alegação de restrição à livre iniciativa.

Prosseguiu mencionando que fora julgada pelo STF a ADPF 324, cujo objeto era o conjunto de decisões judiciais proferidas pela Justiça do Trabalho quanto às hipóteses de cabimento da terceirização segundo a Súmula 331 do TST, nesse julgamento, foi reconhecida a constitucionalidade da terceirização toda e qualquer atividade, afastando-se a incidência da interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, inclusive quanto a distinção entre atividade-meio e atividade-fim para fins de definição da licitude da terceirização. Finalizando seu voto apontando que o art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, ao autorizar as concessionárias de serviço público a contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, alinha-se ao entendimento jurisprudencial da Corte e, reveste-se de constitucionalidade, devendo ter sua eficácia garantida e preservada.

⁸ Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

3. O SERVIÇO DE TERCEIROS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O verbo *administrar*, segundo o dicionário eletrônico Michaelis, indica “governar, dirigir ou gerir negócios públicos ou particulares”, enquanto que o adjetivo *pública* significa, de acordo com o mesmo dicionário, o que é “relativo a população, povo ou coletividade”; “relativo ao governo de uma nação”, pode significar não só algo ligado ao Poder Público, como também à coletividade ou ao público em geral. Leciona Chiavenato (2003, p. 11), que o vocábulo *administração* vem do latim *ad* (direção, tendência para) e *minister* (subordinação ou obediência) e significa aquele que realiza uma função sob o comando de outrem, isto é, aquele que presta um serviço a outro; a acepção do dicionário Michaelis declara que é “ato, processo ou resultado de administrar.” e “ato de governar, dirigir ou gerir; governo, direção, gerência”.

Devido as práticas patrimonialistas comuns na cultura de governo brasileira, a gestão de Getúlio Vargas passou a realizar um controle mais rigoroso das atividades-meio, tendo como referência o modelo burocrático weberiano. Esse modelo possui, segundo Chiavenato (2003, pg. 281), as seguintes características: caráter legal das normas e regulamentos; caráter formal das comunicações; caráter racional e divisão do trabalho; impessoalidade nas relações; hierarquia de autoridade; rotinas e procedimentos padronizados; competência técnica e meritocracia; especialização da administração; profissionalização dos participantes; e completa previsibilidade do funcionamento. Sendo este o primeiro modelo estruturado de administração do Brasil, a partir dele Vargas pretendia criar uma estrutura administrativa organizada e uniforme; estabelecer uma política de pessoal baseada no mérito; e acabar com o nepotismo e corrupção existentes.

A exacerbação das características burocráticas tornou o modelo ineficiente e inflexível, inadequado, portanto, para o cenário nacional. Com isso foram realizadas diversas tentativas de desburocratizar a Administração Pública. Apenas em 1995, com o governo Fernando Henrique, inaugura-se, no Brasil, o modelo gerencial, através da edição do *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado - PDRAE*, esse modelo tinha como objetivo aproximar o modo de administração pública ao modo do setor privado, adotando uma postura mais empresarial, voltado para a geração de receitas e com maior controle de gastos (privatizações e terceirização, como exemplo), é inequívoca essa intenção conforme item 6.1 do referido Plano Diretor, como segue:

Objetivos Globais:

Aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos.

Limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada.

Transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União.

Transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os estados e a União. (BRASIL, PDRAE, 1995, p. 56). (grifo nosso).

A partir disso começou a ser difundida a ideia de devolução ao setor privado daqueles serviços que o Poder Público não tem condições de prestar com eficiência, devendo o Estado desenvolver aquilo que cabe a ele principalmente fazer, ou seja, Diplomacia, Segurança, Fiscalização, entre outros. O **Estado Mínimo** volta a ganhar força, Chiavenato (2008, pg. 118), e é a corrente ideológica até o momento presente.

3.1. Administração Pública

Para Meirelles (2016, p. 68) a Administração Pública, em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. De modo abrangente, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, destinando-se à satisfação das necessidades coletivas. Por consequência, na administração da coisa pública (*res publica*), o destinatário dessa gestão deve ser a própria sociedade.

Segundo lição de Di Pietro (2019, p. 181), são, basicamente, dois os sentidos utilizados para designar Administração Pública: sentido subjetivo, formal ou orgânico e sentido objetivo, material ou funcional. Naquele designa os *entes* que exercem a atividade administrativa; compreendendo as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer a *função administrativa*. Neste designa a *natureza* da atividade exercida pelos referidos entes; assim, a *Administração Pública é a própria função administrativa* que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.

Ainda em sentido objetivo, a Administração Pública abrange o fomento, a polícia administrativa e o **serviço público**.

3.2. Serviço Público

Diversos autores consideram que definir “serviço público” não é uma tarefa trivial, como afirmam, Di Pietro (2019, p. 274) “Não é tarefa fácil definir o serviço público, pois a sua noção sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo, quer no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no que concerne à sua abrangência.”; Carvalho Filho (2018, p. 404) “Constitui traço de unanimidade na doutrina a dificuldade de definir, com precisão, serviços públicos” e, para Meirelles, (2016, p. 417),

O conceito de *serviço público* não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção *orgânica*, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceituação *formal*, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito *material*, visando a defini-lo por seu objeto. Realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas.

À parte da dificuldade, os autores citados definem serviço público como:

toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público., (DI PIETRO, 2019, p. 286).

Para Carvalho Filho (2018, p. 406) o conceito deve conter os diversos critérios relativos à atividade pública e assim define serviço público como “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.” Por fim, Meirelles (2016, p. 418) conceitua serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Desta maneira, abrangendo atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a população, são, obrigatoriamente, executadas pelo Estado ou por particulares colaboradores, com ou sem exclusividade, delegáveis ou indelegáveis, toda atividade que a Administração Pública desempenha, formal ou material, direta ou indiretamente, objetiva ou subjetivamente prestada pelo Estado e seus agentes para satisfazer um objetivo de interesse geral, com fim público específico, sob regime jurídico predominantemente público, é denominado de *Serviço Público*.

O serviço público é um instrumento fundamental de governo, sendo um dos principais mecanismos de promoção de políticas públicas. Através dele o Estado oferece

atendimento e acolhe os anseios de sua população, distribuindo-os entre os diferentes grupos sociais, conforme a necessidade e a ordem democrática, por isso deve ser fomentado, fiscalizado e protegido para o bem da coletividade.

3.3. Processo de transferência dos serviços no âmbito da Administração Pública

O processo de transferência dos serviços pela Administração Pública, origina-se, como explicado anteriormente, da mentalidade do corte de gastos e de que o Estado não consegue prestá-los de modo adequado e efetivo, e, como solução para essa suposta dificuldade estatal, foi entregue à terceiros a execução desses serviços. Com a finalidade de implantar o *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, foi promulgada a Lei nº 9.491/97, revogando a Lei nº 8.031/90 - que criou o Programa Nacional de Desestatização – estabelecendo, no art. 1º, os seguintes objetivos fundamentais:

- a) a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, **transferindo à iniciativa privada as atividades indevidamente exploradas pelo setor público;**
- b) a contribuição para a **reestruturação econômica do setor público**, especialmente através da melhoria do perfil e da **redução da dívida pública líquida;**
- c) permitir a retomada de **investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;**
- d) a contribuição para a **reestruturação econômica do setor privado**, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;
- e) permitir que **a Administração Pública concentre seus esforços** nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
- f) contribuir para o **fortalecimento do mercado de capitais**, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Em 1998, o Executivo Federal incentivou e legitimou a terceirização da atividade-fim no serviço público através da Lei nº 9.637/1998, que estabeleceu a contratação Organizações Sociais (pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, para atuar nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde), leciona Di Pietro (2019, p. 568) que elas, como regra geral, prestam serviço público por delegação do Poder Público, e

substituem ao Poder Público na prestação de uma atividade que a este incumbe; elas prestam a atividade utilizando-se de bens do patrimônio público, muitas vezes contando com servidores públicos em seu quadro de pessoal, e são mantidas com recursos públicos; embora instituídas como entidades privadas, criadas por iniciativa de particulares, a sua qualificação como **Organização Social** constitui iniciativa do Poder Público e é feita com o objetivo específico de a elas transferir a gestão de determinado serviço público e a gestão de um patrimônio público. O grande objetivo é fugir ao regime jurídico a que se submete a Administração Pública e permitir que o serviço público seja prestado sob o regime jurídico do direito privado.

Afirma Di Pietro (2019, p. 64) que

As principais inovações no âmbito do direito administrativo foram introduzidas após a Constituição de 1988, seja com a adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito, seja sob a **inspiração do neoliberalismo e da globalização**, do sistema da common law e do direito comunitário europeu, **que levaram à chamada Reforma do Estado**. (grifo nosso)

Percebe-se, pelo exposto, a clara orientação neoliberal do Estado, no que concerne ao processo de transferência de serviços pela Administração Pública em que desponta uma complexa sistemática e normas de toda ordem para satisfazer, principalmente, questões econômicas, contrariamente ao interesse dos trabalhadores e da Justiça do Trabalho, apresentando como seu ápice a terceirização irrestrita das atividades na atualidade nacional, com a promulgação da Lei nº 13.467/17 - reforma trabalhista -, juntamente com os entendimentos jurisprudenciais firmados pelos tribunais superiores sobre a questão da terceirização da atividade-fim, intensificando, dessa forma o desmanche do Direito do Trabalho.

3.4. Terceirização: legislação comparada

Analisar normas estrangeiras de forma a compará-las requer bastante cuidado, porque, por óbvio, possuem especificidades judiciárias, legislativas, sociais, econômicas e culturais diversas e complexas. Pretende-se, portanto, comparar os institutos que regem a terceirização nestes países com, no que couber, o caso brasileiro, sem, contudo, esgotar o estudo e a analogia ou a confrontação das normas pesquisadas.

No Japão a subcontratação e a terceirização são praticadas em grande escala⁹, nesse país há a uma norma para assegurar o funcionamento adequado das empresas de terceirização de mão de obra, a chamada “Lei para garantir o funcionamento adequado das empresas de intermediação de trabalhadores e melhores condições de trabalho para os trabalhadores

⁹ Nesse país surgiu, após a segunda guerra mundial o sistema de produção Toyotista que dentre outros tem por enfoque a eficiência da produção com a eliminação contínua de desperdícios.

terceirizados (tradução nossa)”¹⁰, no segundo artigo há a definição para “*Worker Dispatching* (intermediação de trabalhador/trabalhador terceirizado, tradução nossa)”, significando que um trabalhador empregado por uma pessoa (empresa contratada), presta serviço a outra, sob a orientação desta (contratante), mas mantendo sua relação empregatícia com a primeira (contratada), salvo se esta concordar que tais trabalhadores serão empregados da contratante¹¹.

Na Itália o contrato de terceirização ou exteriorização da atividade produtiva, é chamado de *contratto d'appalto*. O contrato de terceirização consta no Art. 1.655 do Código Civil Italiano¹², que define o contrato de terceirização como o contrato pelo qual uma parte assume, com organização dos meios necessários e com gestão da atividade por sua conta e risco, a realização de uma obra ou de um serviço mediante pagamento em dinheiro.¹³

Contudo, por similaridade histórico-econômico-social desponta à análise mais pormenorizada as normas dos países latinos: México e Argentina.

3.4.1. Terceirização: legislação comparada – o caso do México

A terceirização, denominada, também, em espanhol de “*subcontratación*”, está prevista, no caso mexicano, na “*Ley Federal del Trabajo*”, publicada em 1º de abril de 1970, e reformada em 2 de julho de 2019, nela é possível encontrar dispositivos bem similares aos do nosso ordenamento jurídico trabalhista, outros nem tanto (ou não tão explícito quanto na Lei trabalhista mexicana) como a busca pelo equilíbrio e a justiça social nas relações de trabalho. A norma mexicana é explícita e enuncia que as normas trabalhistas devem equilibrar os fatores de produção e a justiça social, assim como proporcionar trabalho digno e decente em todas as relações de trabalho¹⁴.

A Consolidação das Leis do Trabalho brasileira possui 120 (cento e vinte) vezes o termo “justiça” escrito em seu texto, sem, contudo, mencionar em quaisquer dos seus 922

¹⁰ Act for Securing the Proper Operation of Worker Dispatching Undertakings and Improved Working Conditions for Dispatched Workers. Disponível em: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=75&vm=2&re=>. Acesso em: 02 nov. 2019.

¹¹ "Worker Dispatching" means causing a worker(s) employed by one person so as to be engaged in work for another person under the instruction of the latter, while maintaining his/her employment relationship with the former, but excluding cases where the former agrees with the latter that such worker(s) shall be employed by the latter.

¹² Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/anteprema/codici/codiceCivile>. Acesso em: 03 nov. 2019.

¹³ L'appalto e' il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro.

¹⁴ Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales. (MEXICO, Ley Federal del Trabajo, Artículo 2º).

(novecentos e vinte e dois) artigos o termo “justiça social”, tampouco é encontrado nas Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017. Esse somente é encontrado, duas vezes, na Constituição Republicana de 1988 no Art. 170, como segue: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios:*” (grifo nosso) e no Art. 193: *A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a **justiça sociais*** (grifo nosso). A Lei do Trabalho do México trazia, em seu artigo 3º, uma forte manifestação quanto ao pensamento trabalhista, qual seja,

O trabalho é um **Direito e um Dever Social**. Não é um produto de comércio, exige **respeito** para as liberdades e **dignidade** para quem o presta e deve ser realizado em condições que assegurem a vida, a saúde e um nível econômico **decente** para o trabalhador e sua família. (MÉXICO, Ley del Trabajo, 2012). (grifo nosso).(tradução nossa).¹⁵

O trabalho é um Direito de todos; um Dever Social que cabe ao Estado promover; Respeito, Dignidade e Decência é o mínimo que se espera de uma relação de trabalho saudável; E, sobretudo, não é um produto que deve ser comercializado, vendido, comprado ou exposto como uma mercadoria, o Trabalho é antes de tudo uma entidade que eleva o homem ao patamar de uma existência digna.

Após a reforma em 2015, o mesmo artigo passou a ter a seguinte redação¹⁶: “*El trabajo es un derecho y un deber sociales. No es artículo de comercio.*”, o artigo possuía mais 3 (três) parágrafos indicando a proibição de discriminação; o interesse social em promover a capacitação, produtividade, qualidade do trabalho e a sustentabilidade ambiental. Vê-se a evidente mudança de arquétipo justralhista, de uma redação ativa, com espírito concentrado nos princípios e valores mais dignos do Direito do Trabalho, centralizando o trabalhador, para uma redação mais geral e difusa.

Com a redação de 2019, o Art. 3º da Lei Trabalhista mexicana, retornou à sua característica inicial com pequenas modificações, como segue, “o trabalho é um direito e um dever social. Não é produto de comércio, exige respeito para as liberdades e dignidade para quem o presta, assim como o reconhecimento das diferenças entre homens e mulheres para

¹⁵ El trabajo es un derecho y un deber sociales. No es artículo de comercio, exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia. Redação da reforma publicada em abril de 2012. Disponível em: http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Ley_FT.pdf. Acesso em: 31 out. 2019.

¹⁶ Redação da reforma publicada em junho de 2015. Disponível em: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Trabajo.pdf. Acesso em: 31 out. 2019.

obterem sua igualdade perante a Lei. Deve ser realizado em condições que assegurem a vida digna e a saúde para o trabalhador e sua família dependente.¹⁷

O Código Trabalhista mexicano é explícito também no que compete a intermediação de trabalho, no artigo 12 é definido o que se considera intermediário: “intermediário é a pessoa que contrata ou intervém na contratação de outra, ou outras, pessoas para que prestem serviços a um contratante”¹⁸, na CLT não há definição e não constam os termos “intermediário”, “serviço a terceiros”, ou similar. Somente o termo “serviço a terceiros” aparece nas Leis nº 6.019/74 (artigos 4º-A, 4º-B); nº 13.429/2017 (Art. 2º); e nº 13.467/2017 (Art. 2º), quando é expresso o que se considera como prestação de serviços a terceiros, ou seja, a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. A norma mexicana continua nítida, no artigo 13, ao estabelecer que não serão considerados intermediários de trabalho e sim o empregador principal aqueles que contratarem trabalhadores com elementos próprios para cumprir as obrigações da relação trabalhista. Ainda afirma a responsabilidade solidária por essas obrigações, nestes termos:

Não serão considerados intermediários e sim empregadores, as empresas firmadas que contratem serviços com recursos próprios e suficientes para cumprir com as obrigações que derivem das relações com seus trabalhadores. Caso contrário, serão, solidariamente responsáveis com os beneficiários directos das obras ou servicios, pelas obrigações contraídas com os trabajadores. (MÉXICO, Ley del Trabajo, 2019). (tradução nossa).¹⁹

Indica que quem se utiliza de intermediários na contratação de trabalhadores serão responsáveis pelas obrigações que derivam da Lei, como segue: “Artigo 14 – As pessoas que utilizam intermediários para a contratação de trabalhadores serão responsáveis pelas obrigações

¹⁷ El trabajo es un derecho y un deber social. No es artículo de comercio, y exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta, así como el reconocimiento a las diferencias entre hombres y mujeres para obtener su igualdad ante la ley. Debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida digna y la salud para las y los trabajadores y sus familiares dependientes. Redação da reforma publicada em julho de 2019. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_020719.pdf. Acesso em: 31 out. 2019.

¹⁸ Intermediario es la persona que contrata o interviene en la contratación de otra u otras para que presten servicios a un patrón.

¹⁹ No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables com los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores.

que derivem dessa Lei e pelos serviços prestados”²⁰ (MÉXICO, Ley del Trabajo, 2019). (tradução nossa).

O mesmo ocorre quando se tratar da relação empresa terceirizante-terceirizada, textualmente:

Artigo 15 – As empresas que realizam obras e serviços de forma exclusiva ou principal para outra, e que não possuem recursos próprios suficientes conforme disposto no Artigo 13, as seguintes regras serão observadas:

I. **A empresa beneficiária será solidariamente responsável pelas obrigações assumidas com os trabalhadores.**

II. Os trabalhadores empregados na execução das obras ou serviços terão direito de usufruir das mesmas condições de trabalho disponibilizadas aos funcionários que executam trabalhos semelhantes na empresa tomadora do serviço. Para determinar a proporção, serão levadas em consideração as diferenças existentes nos salários mínimos aplicáveis na área geográfica em que as empresas estão instaladas entre outras circunstâncias que possam influenciar as condições de trabalho. (MÉXICO, Ley del Trabajo, 2019). (grifo nosso). (tradução nossa).²¹

À parte a falta de tão importante e necessários termos na nossa CLT e normas satélites, (ou sua menção de forma explícita e clara) as normas mexicanas e brasileiras possuem, quanto a terceirização, algumas semelhanças, quais sejam, a responsabilidade solidária e a possibilidade de equiparação de condições de trabalho, por exemplo. Na CLT a subsidiariedade no contrato terceirizado ocorre sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, é a letra do Art. 2º, §2º.

São asseguradas aos empregados da empresa terceirizada as mesmas condições relativas à alimentação, transporte, atendimento médico, treinamentos e sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço. Ainda na norma nacional é previsto que a contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos. No caso mexicano os trabalhadores

²⁰ Artículo 14. - Las personas que utilicen intermediarios para la contratación de trabajadores serán responsables de las obligaciones que deriven de esta Ley y de los servicios prestados.

²¹ Artículo 15.- En las empresas que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, y que no dispongan de elementos propios suficientes de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 13, se observarán las normas siguientes:

I. La empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores; y
II. Los trabajadores empleados en la ejecución de las obras o servicios tendrán derecho a disfrutar de condiciones de trabajo proporcionadas a las que disfruten los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa beneficiaria. Para determinar la proporción, se tomarán en consideración las diferencias que existan en los salarios mínimos que rijan en el área geográfica de aplicación en que se encuentren instaladas las empresas y las demás circunstancias que puedan influir en las condiciones de trabajo.

terceirizados possuem, por força da Lei, as mesmas condições e direitos dos trabalhadores que executem trabalho similares na empresa contratante, conforme artigo 14, I, “os trabalhadores terão os seguintes direitos: I. Prestarão o serviço nas mesmas condições de trabalho e terão os mesmos direitos que correspondem aos dos trabalhadores que executem trabalhos similares na empresa ou estabelecimento”²² (tradução nossa) .

A Lei Federal do Trabalho mexicana não permite a terceirização irrestrita, é o entendimento do Artigo 15-A:

O trabalho no regime de subcontratação é aquele pelo qual uma empresa denominada contratada executa obras ou presta serviços com seus funcionários sob sua dependência, em favor de um contratante, pessoa física ou jurídica, que estipula as tarefas da contratada e supervisiona no decorrer dos serviços ou da execução das obras contratadas.

Este tipo de trabalho, deverá cumprir as seguintes condições:

- a) Não poderá envolver todas as atividades, iguais ou similares na sua totalidade, desenvolvidas pela contratante.
- b) Deve ter caráter específico.
- c) Não poderá compreender atividades iguais ou semelhantes àquelas realizadas pelos trabalhadores da contratante.

O contratante será considerado o empregador para todos os efeitos dessa Lei, se não for obedecida todas essas condições, incluindo as obrigações em matéria de seguridade social. (tradução nossa).²³

Além de possuir o caráter especializado do serviço, não deve compreender as mesmas atividades ou similares daquelas realizadas pelos trabalhadores a serviço da contratante.

Descumprindo essas regras o contratante será considerado, para todos os efeitos da Lei, o verdadeiro empregador. A norma mexicana proíbe da mesma forma a transferência de trabalhadores da contratante para a contratada (terceirizada; *subcontratista*) objetivando diminuir direitos trabalhistas, é a dicção do “Artigo 15-D: Não será permitido o regime de

²² Los trabajadores tendrán los derechos siguientes: I. Prestarán sus servicios en las mismas condiciones de trabajo y tendrán los mismos derechos que correspondan a los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa o establecimiento

²³ El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas.

a) No podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo.

b) Deberá justificarse por su carácter especializado.

c) No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante. De no cumplirse con todas estas condiciones, el contratante se considerará patrón para todos los efectos de esta Ley, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social.

subcontratação quando se transfira de maneira deliberada os trabalhadores da contratante para a contratada objetivando diminuir direitos trabalhistas;²⁴(tradução nossa).

A empresa que agir dessa forma poderá ser multada em valores equivalentes a 250 e 5000 vezes a Unidade de Medida e Atualização²⁵ (na redação de 2015 o valor era atrelado ao salário mínimo mexicano). Assim, embora similares, a Lei mexicana, nesse sentido, possui maior proteção em relação a terceirização trabalhista que as normas nacionais analisadas.

De modo geral e sucinto, a reforma da lei trabalhista voltada para terceirização no México realizou as seguintes alterações:

TABELA 1 – ASPECTOS DA REFORMA TRABALHISTA MEXICANA.

Aspecto	Artigo	Orientação/Redação
Concepção trabalhista	3º	O trabalho é um direito e um dever social. Não é produto de comércio, exige respeito para as liberdades e dignidade para quem o presta, assim como o reconhecimento das diferenças entre homens e mulheres para obterem sua igualdade perante a Lei. Deve ser realizado em condições que assegurem a vida digna e a saúde para o trabalhador e seus dependentes.
Terceirização atividade-fim	15-A	A norma mexicana proíbe que a terceirização alcance a atividade-fim (principal) da contratante.
Contratação irregular	15-A	O contratante que não cumprir com o que determina as alíneas a, b e c, do Art. 15-A, será considerado para todos os efeitos da Lei o empregador de fato.
Transferência de trabalhadores da contratante para a contratada	15-D	A norma mexicana proíbe a transferência arbitrária com intuito de diminuir os Direitos trabalhistas.
Indicação de multa	1004-C	Ao descumprir as normas do Art. 15-D será aplicado multa de valor entre 250 e 2.500 vezes a Unidade de Medida e Atualização mexicana.

*Tabela 1: Aspectos da Reforma Trabalhista mexicana.
Fonte: elaborado a partir das leis pelo autor.*

Podendo ser diferenciada do Brasil, tanto conceitual quanto normativamente pelos seguintes aspectos, entre outros:

²⁴ Artículo 15-D: No se permitirá el régimen de subcontratación cuando se transfieran de manera deliberada trabajadores de la contratante a la subcontratista con el fin de disminuir derechos laborales; en este caso, se estará a lo dispuesto por el artículo 1004-C y siguientes de esta Ley.

²⁵ A Unidade de Medida e Atualização é a referência econômica em pesos para determinar o valor do pagamento das obrigações previstas nas leis federais mexicanas. Fonte: <https://www.inegi.org.mx/temas/uma/>. Acesso em: 01 nov. 2019.

TABELA 2 – DISTINÇÃO DA REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA E MEXICANA

Aspecto	Artigo	Orientação/Redação
Concepção trabalhista	-	Não existe como na norma mexicana um conceito de trabalho. A Reforma Trabalhista nacional (bem como a CLT e nas Leis nº 13.429/17 e 6.019/74), não contém os termos “dignidade”, “digno” e “dever social” em quaisquer dos seus artigos. O direito social aparece apenas como “indicador de transcendência”, no Art. 896-A, III.
Terceirização atividade-fim	4º-A 5º-A	A norma brasileira permite que a terceirização alcance a atividade-fim (principal) da contratante.
Contratação irregular	15-A	Se ficar considerada a terceirização ilícita, o contratante (tomador do serviço) será considerado para todos os efeitos o empregador de fato (é reconhecido o vínculo empregatício).
Transferência de trabalhadores da contratante para a contratada	5-D	A norma nacional permite após o decurso do prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado.
Indicação de multa	19-A	Indicação genérica sem mencionar valores.

Tabela 2: distinção da reforma trabalhista brasileira e mexicana.

Fonte: elaborado a partir das leis pelo autor.

Embora a legislação mexicana apresente, em seu texto, explicitamente princípios e valores que as normas trabalhistas brasileiras não trazem, como indicado na análise das tabelas. Há diversos problemas relacionados com a terceirização e a reforma trabalhistas, alguns sem correspondente no Brasil (caso do Bancomer – Banco do Comércio²⁶, que levou a terceirização às últimas consequências em sua operação no México. Em 2006, a instituição criou uma empresa para a qual transferiu seus funcionários, passando a funcionar como se não tivesse nenhum empregado direto).

Tinoco e Lugo (2015, p. 188), sustentam que

Com a emergência dos processos de globalização, a internacionalização do capital e do neoliberalismo econômico, fenômenos que o México não pode escapar, começou a fase de participação na economia global, pondo fim ao modelo econômico de desenvolvimento participativo.

Neste contexto, o direito do trabalho mexicano teve de enfrentar os desafios impostos pelos seguintes fatores:

- a) Alterações das técnicas de produção que exigiam novas formas de organização do trabalho;
- b) **a prevalência de questões e interesses econômicos e políticos;**
- c) a tendência globalizante da economia, e

²⁶ Fonte: La Jornada. Declaran ilegal outsourcing de Bancomer. Disponível em: <https://www.jornada.com.mx/2013/09/21/opinion/021a1pol>. Acesso em: 19 nov. 2019.

d) **pensamento econômico neoliberal** que impôs novos modelos econômicos. (tradução nossa).²⁷

Bensunsán (2013, p. 28), afirma que a Reforma mexicana possui pelo menos três problemas: 1) superestimou o potencial da flexibilidade laboral como incentivador da geração de empregos formais, da formalização dos existentes e do aumento da produtividade; 2) subestimou os enormes níveis de flexibilidade trabalhista que já existiam no mercado de trabalho e não se concentrou na modificação das interações viciosas que são geradas, por essa razão, entre o mercado de trabalho e as instituições, além disso, 3) negligenciou os efeitos negativos que o modelo econômico de externalização, baseado em baixos salários e as acentuadas diferenças nos níveis de produtividade que as várias camadas produtivas provocam na estrutura do mercado de trabalho, nos sindicatos e na desigualdade entre capital e trabalho e entre diferentes categorias de trabalhadores.²⁸ (tradução nossa).

3.4.2. Terceirização: legislação comparada – o caso da Argentina

A legislação trabalhista da Argentina é bastante diversificada e pulverizada em muitas leis ordinárias, entre elas estão: Lei do Contrato de Trabalho: *Ley n° 20.744 - Ley de contrato de trabajo (1976)*; Lei Nacional do Emprego: *Ley n° 24.013 - Ley Nacional de Empleo (1991)*; Lei da Reforma Trabalhista: *Ley 25.013 - Ley de Reforma Laboral (1998)*. Bem como a lei mexicana, embora sem a mesma força axiológica, consta o termo essencial da “justiça social”, na *Ley de contrato de trabajo, Artículo 11 - Principios de interpretación y aplicación de la ley*, dessa forma: Quando o litígio não poder ser resolvido pela aplicação das normas que

²⁷ Con el surgimiento de los procesos de globalización, la mundialización del capital y el neoliberalismo económico, fenómenos a los que México no puede sustraerse, se da comienzo a la etapa de participación en la economía global, poniendo fin al modelo económico de desarrollo compartido.

En este contexto, el derecho mexicano del trabajo ha tenido que enfrentar los retos que le imponen los siguientes factores:

- a) las transformaciones en las técnicas de producción que obligan a nuevas formas de organización para el trabajo;
- b) la prevalencia de los asuntos e intereses económicos y políticos;
- c) la tendencia globalizadora de la economía, y
- d) el pensamiento económico neoliberal que ha impuesto nuevos modelos económicos.

²⁸ la reforma de la LFT tiene al menos tres tipos de problemas:

- 1) sobreestimó el potencial de la flexibilidad laboral de tipo numérico como incentivo para la generación de empleos formales, la formalización de los existentes y el incremento de la productividad;
- 2) desestimó los enormes niveles de flexibilidad laboral que ya existen en el mercado de trabajo y no se orientó a modificar las interacciones viciosas que se generan, por ese motivo, entre éste y las instituciones y, además,
- 3) desatendió los efectos negativos que el modelo económico exportador basado en bajos salarios, y las marcadas diferencias en los niveles de productividad entre los diversos estratos productivos trajeron sobre la estructura del mercado de trabajo, los sindicatos y la desigualdad entre el capital y el trabajo y entre diversas categorías de trabajadores.

regem o contrato de trabalho ou por leis análogas, será decidido conforme os princípios da justiça social, do Direito do Trabalho, da equidade e da boa-fé (tradução nossa)²⁹.

A terceirização é prevista na *Ley n° 20.744 - Ley de contrato de trabajo*, especificamente nos artigos 29 a 31, e segue, em parte, os moldes brasileiros (tramita na Argentina, encorajados pela reforma brasileira, um projeto³⁰ de reestruturação trabalhista, com problemas para conseguir apoio para tramitação, semelhante ao caso brasileiro³¹), sobretudo por possuir a flexibilização e abrangência que a norma brasileira contém, ou seja, permite também a terceirização ou subcontratação de qualquer atividade da empresa.

Na lei do país platino os trabalhadores que forem contratados por terceiros, com o objetivo de fornecê-los às empresas (interposição e mediação), serão considerados empregados diretos daqueles que de fato utilizam de sua força de trabalho (a quem ele presta o serviço), e ainda respondem conjunta e solidariamente por todas as obrigações decorrentes da relação de trabalho, caso a empresa terceirizada não cumpra com essas obrigações, esse é o entendimento constante no art. 29³²

Na mesma direção segue o art. 29 BIS, ao estabelecer a responsabilidade solidária e a obrigação da empresa tomadora dos serviços de fazer a retenção dos valores das contribuições previdenciárias e de depositá-los no prazo determinado, como segue:

O empregador que utilizar trabalhadores por meio de empresa de serviços eventuais, autorizada pelo órgão competente, será solidariamente responsável por todas as obrigações trabalhistas e deverá reter dos pagamentos realizados à empresa de serviços eventuais as respectivas contribuições para os órgãos de Previdência Social e depositá-los no prazo. (ARGENTINA, Ley 20.744/ 1976). (tradução nossa).³³

²⁹ Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la **justicia social**, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe. (grifo nosso).

³⁰ Proyecto de Ley n° 392/17 (Ley de Reforma Laboral). Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/392.17/PE/PL>>. Acesso em: 08 out. 2019.

³¹ La Nación, *Por dónde pasa la reforma laboral que planea el Gobierno*. Disponível em: Acesso em: 08 out. 2019. <<https://www.lanacion.com.ar/economia/empleos/por-donde-pasa-la-reforma-laboral-que-planea-el-gobierno192-x-114-mmcambios-en-el-trabajo-un-fracaso-previsible-nid2269532>>. Acesso em: 08 out. 2019.

³² Interposición y mediación — Solidaridad.

Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación.

En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social.

Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleo, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente contínuo o discontinuo, con dichas empresas. (Párrafo sustituido por art. 75 de la Ley N° 24.013 B.O. 17/12/1991). (ARGENTINA, Ley 20.744/ 1976).

³³ El empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquélla por todas las obligaciones laborales y deberá retener de

Semelhante ao parágrafo segundo, do Art. 2º, da CLT, a lei argentina prevê, em seu Art. 31, a responsabilidade solidária no caso de empresa que estiver sob a direção, controle ou administração de outra mesmo com personalidade jurídica própria, ou ainda quando, mesmo possuindo cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, textualmente:

Sempre que uma ou mais empresas, mesmo tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estejam sob a direção, controle ou administração de outras, ou de tal modo relacionadas que constituam um grupo econômico permanente, serão para os fins das obrigações contraídas para cada um deles, com seus trabalhadores e com os órgãos de seguridade social, solidariamente responsáveis, quando promoverem artifícios fraudulentos ou gestão temerária. (ARGENTINA, Ley 20.744/ 1976). (tradução nossa).³⁴

Assim como no Brasil, o sistema argentino permite a terceirização inclusive da atividade-fim das empresas é a leitura do Art. 30 da *Ley de contrato de trabajo* que assenta que podem ser terceirizados os serviços correspondentes à atividade normal e específica do estabelecimento dentro ou fora de seu escopo.

Aqueles que transferem no todo ou em parte a outros, a empresa ou exploração autorizada em seu nome, ou **contratem ou subcontratem, seja qual for o ato dando origem, trabalho ou serviços correspondentes à atividade normal e específica da empresa, dentro ou fora do seu âmbito**, devem exigir que os seus contratantes ou subcontratantes cumpram adequadamente as normas trabalhistas e dos órgãos de seguridade social. (ARGENTINA, Ley 20.744/ 1976). (grifo nosso). (tradução nossa).³⁵

Percebe-se no estudo das normas apresentadas que a terceirização é um processo em plena expansão e em constante modificação. O abrandamento das normas no que concerne a proteção do trabalhador é notório e realizado para se adequar aos anseios do mercado capitalista. A flexibilização laboral e a incorporação de modalidades precárias de emprego como a subcontratação, trabalho temporário e a terceirização aparecem nas mais diversas normas internacionais, seguindo o mesmo caminho do enfraquecimento dos direitos trabalhistas em favor de um pretenso progresso econômico, com hipotético incremento na geração de empregos.

los pagos que efectúe a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la Seguridad Social y depositarlos en término.

³⁴ Empresas subordinadas o relacionadas. Solidaridad.

Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.

³⁵ Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social.

3.4.3. A terceirização: antes e após a Reforma Trabalhista.

Antes do advento da Lei nº 13.429/2017, a opção para intermediação da mão de obra era a Lei nº 6.019/74 - Lei do trabalho temporário³⁶, que sob o esteio de um contrato determinado possibilitava a substituição transitória de mão de obra permanente da empresa tomadora dos serviços ou à acréscimo extraordinário de serviço. A contratação temporária destinava-se a prestar à contratante serviços determinados e específicos, não era prevista a contratação que envolvesse as atividades-fim da empresa contratante, e a Súmula 331 do TST corroborou esse entendimento, inclusive para a terceirização permanente.

No âmbito da Administração Pública, mesmo havendo uma contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não configuraria vínculo de emprego com os órgãos contratantes, por força do preceito constitucional escrito no art. 37, II, § 2º, da CRFB/88, e somente se fosse evidenciada a conduta culposa no cumprimento dos dispositivos da Lei nº 8.666/93, especialmente com relação a fiscalização contratual das obrigações legais, haveria a responsabilidade subsidiária das obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa terceirizada.

O Enunciado 331 da Súmula do TST foi considerado inconstitucional, como já mencionado, pelo STF por violar os princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual, juntamente com a edição das Leis nºs 13.429/2017 e 13.467/2017, a terceirização encontrou o caminho livre para prosperar em terras brasileiras, uma vez que nas palavras de Leite (2019, p. 562), “a Lei 13.467/2017, além de alterar a Lei nº 13.429/2017, ampliou consideravelmente as hipóteses de terceirização. Aliás, pode-se afirmar que a Lei nº 13.467/2017 permite também a quarteirização, a quinteirização, a sexteirização etc.”.

Exemplo dessa situação está descrito no Art. 4º-A, §1º, da Lei nº 6.019, de janeiro de 1974 - alterado pela Lei nº 13.429, de 2017 -, que permite que a empresa prestadora de serviços subcontrate outras empresas para realizar suas atividades: “A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, **ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços**”.(grifo nosso).

³⁶ Entre outras mais específicas como a Lei nº 5.645/70 (precisamente o Art. 3º, parágrafo único, que sancionava a execução indireta, mediante contrato das atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas) e a Lei nº 7.102/83 - serviços de vigilância e de transporte de valores.

3.4.4. Aspectos negativos e positivos da terceirização.

Com o propósito de concentrar-se em atividades consideradas principais e de reduzir o aparelho estatal com recursos humanos, o Estado, seguindo abordagens neoliberais e adotando as técnicas da ciência da Administração, encontrou na terceirização, um modelo de gestão ideal para transferir partes de suas atividades que não são inerentes a sua razão de ser, ao descrito na sua missão enquanto entidade pública, para outras organizações privadas, empresas especializadas na realização dessas tarefas secundárias.

Da perspectiva liberal clássica³⁷ a terceirização transportaria para a Administração Pública a padronagem das corporações empresariais privadas, alcançando as seguintes vantagens: uma maior concentração em sua atividade principal, isto porque não precisaria promover/coordenar/gerenciar atividades e serviços secundários; a simplificação da máquina administrativa, sobretudo com a força de trabalho; o incremento da eficiência e consequentemente maior produtividade posto que teria um quadro funcional mais especializado e direcionado à atividade principal do órgão; e, especificamente, a redução dos custos orçamentários do Estado com a gestão de pessoas: salários, direitos trabalhistas e aposentadorias.

Ainda que a terceirização na visão neoliberal seja a solução para a “incapacidade” do Estado em ser eficiente e economicamente viável, essa técnica possui aspectos negativos, em primeiro lugar o abismo salarial entre um funcionário terceirizado e o servidor público declara e manifesta a desigualdade e injustiça social e econômica desse modo de gestão, especialmente, quando possuem o mesmo nível acadêmico e realizam funções similares.

A Orientação Jurisprudencial SDI-1 nº 383 do TST³⁸, apresentava o princípio da isonomia em sua redação ao assentar que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não geraria vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador

³⁷ Chiavenato (2003, p.90) manifesta que o racionalismo da Teoria Clássica, cujo fundador foi Jules Henri Fayol (1841-1925), visa à eficiência do ponto de vista técnico e econômico, de outro modo, a organização é um meio para atingir a eficiência máxima sob o aspecto técnico e econômico. Daí parte a visão anatômica da organização em termos de organização formal apenas, isto é, a síntese dos diferentes órgãos que compõem a estrutura organizacional, suas relações e suas funções dentro do todo, que assegurem a sua máxima eficiência.

³⁸ TST. OJ nº 383. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html. Acesso em: 20 out. 2019

dos serviços, desde que presente a igualdade de funções, aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019/74. O STF, por envolver aplicação do princípio constitucional da isonomia, adotou a repercussão geral relativa à equiparação de direitos trabalhistas entre terceirizados e empregados de empresa pública tomadora de serviço.

Em 2011, o STF já havia reconhecido a existência de repercussão geral da matéria, qual seja, a controvérsia acerca da possibilidade de se reconhecer aos empregados terceirizados os mesmos direitos conferidos aos trabalhadores contratados pela tomadora dos serviços e vinculados à Administração Pública, a teor do princípio da isonomia e da proibição preceituada no artigo 7º, XXXII, da Constituição Republicana de 1988, no que tange à distinção laborativa.

Em decisão monocrática³⁹ o Ministro Gilmar Mendes, na Reclamação nº 36.952 – Pará, com base nos precedentes que validam a terceirização em atividade-fim, cassou o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região que aplicava o princípio da isonomia para garantir aos funcionários terceirizados os mesmos direitos daqueles empregados contratados para mesma função ante o tomador de serviços, no ponto em que afastou a incidência do art. 25, §1º, da Lei nº 8.987/1995, determinando que outro seja proferido nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Mesmo no âmbito do TST⁴⁰ não é possível a admissão da isonomia salarial se reconhecida a licitude da terceirização e se não for comprovada a subordinação direta com o tomador de serviço, portanto não é possível a equiparação de direitos trabalhistas entre terceirizados e empregados de empresa pública tomadora de serviços.

Isso exposto, a terceirização ainda apresenta como desvantagem a litigiosidade laboral intencionando a responsabilização subsidiária da Administração em virtude de verbas trabalhistas não quitadas pela empresa contratada; a dependência exclusiva de terceiros, porque a Administração Pública fica ancorada aos serviços prestados por terceiros e em casos de inexecução parcial ou total há um enorme transtorno para os servidores e público usuário, ensejando a movimentação dos gestores para a realização de contratos emergenciais para não incorrer em solução de descontinuidade dos serviços, que, em sua maior parte, são

³⁹ STF. Reclamação nº 36.952. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341445381&ext=.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019

⁴⁰ É a jurisprudência atual do egrégio Tribunal, exemplificado no ARR-495-68.2016.5.17.0007, 5ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 18/10/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#5068ae8578ae1f5200014c68c4e2c907>. Acesso em: 22 out. 2019.

imprescindíveis para manter a prestação dos serviços públicos de forma adequada, eficiente, segura e salubre, como exemplo dos serviços de limpeza e segurança patrimonial.

De igual maneira a precarização do trabalho representa desvantagem da prática terceirizante, pelo motivo do funcionário terceirizado não possuir as mesmas garantias e condições dos funcionários da tomadora de serviço, como exemplo, segue a dicção do Art. 4º-C, §§1º e 2º: contratante e contratada **poderão** estabelecer, **se assim entenderem**, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo, e nos contratos que provocarem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta **poderá disponibilizar** aos empregados da contratada os serviços de **alimentação** e **atendimento ambulatorial** em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes, respectivamente; a fragilização do trabalhador por ser submetido a essas discriminações e desigualdades, gerando insatisfação e a conseqüente diminuição da autoestima, autoconfiança e importância do seu valor enquanto indivíduo laboral; e a fragilização dos Direitos Trabalhistas com a flexibilização e enfraquecimento da Justiça do Trabalho em função das novas normas editadas, a exemplo da Lei da Terceirização.

Autores de notável saber jurídico manifestam sua contrariedade no que se refere terceirização trabalhista, dentre eles o eminente Delgado (2019, p. 542), explica que:

De fato, a terceirização rebaixa o patamar de retribuição material do trabalhador em comparação com o colega contratado diretamente pelo tomador de serviços. Esse rebaixamento envolve não somente o montante remuneratório percebido como também o conjunto de vantagens e proteções tradicionalmente conferidas pelo tomador de serviços aos seus empregados diretos, quer originadas de seu regulamento interno, quer originadas simplesmente da prática cotidiana empresarial, quer oriundas dos instrumentos negociais coletivos inerentes às categorias econômica e profissional envolvidas.

O trabalho deve/deveria possuir conotação de realização pessoal e dignificar a pessoa. A Organização Internacional do Trabalho – OIT, formalizou em 1999, o conceito de trabalho decente. Condensando o compromisso de promover oportunidades para que homens e mulheres alcancem um trabalho produtivo e de qualidade, com liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, consagrado como condição fundamental para a superação da pobreza e da redução das desigualdades sociais, a par disso, a fórmula terceirizante, como revela Delgado (2019, p. 542), enfraquece a identidade pessoal e profissional do trabalhador, diminuindo,

subjetivamente - e mesmo simbolicamente -, a valorização do trabalho e da pessoa humana trabalhadora no conjunto da sociedade capitalista. O autor continua suas críticas afirmando que:

trata-se de ladina fórmula de desorganização coletiva do segmento profissional e social dos trabalhadores, por esvaziar o conceito de categoria profissional, rompendo a linha histórica de conquistas trabalhistas que inúmeras categorias ostentam ao longo do tempo.

Observa Barros (2016, p. 300) que, teoricamente, o objetivo da terceirização é diminuir os custos e melhorar a qualidade do produto ou do serviço. Entretanto, a terceirização requer cautela do ponto de vista econômico, pois implica planejamento de produtividade, qualidade e custos. Mantendo cuidados redobrados do ponto de vista jurídico, porquanto a adoção de mão de obra terceirizada poderá implicar reconhecimento direto de vínculo empregatício com a tomadora dos serviços, na hipótese de fraude, ou responsabilidade subsidiária dessa última quando inadimplente a prestadora dos serviços. O vínculo empregatício com a Administração Pública é expressamente vetado em quaisquer hipóteses, mesmo ocorrendo contratação irregular, por força do Art. 37, II, da Constituição Republicana de 1988. Todavia a responsabilidade subsidiária é possível e juridicamente admitida.

Para Bezerra Leite (2019, p. 554), a terceirização em atividade-fim, além de precarizar as relações trabalhistas em geral, viola diversos princípios constitucionais, bem como tratados internacionais de direitos humanos. Defende, ainda, Bezerra Leite (2019, p. 550), a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 6.019/1974, alterados pelas Leis nºs 13.429/2017 e 13.467/2017, que autorizam a terceirização em atividade-fim da empresa contratante (tomadora) em relação aos serviços prestados por trabalhadores de outra empresa, por ofensa aos princípios da dignidade humana, do valor social do trabalho, da função socioambiental da empresa, da relação de emprego protegida e da busca do pleno emprego, além de olvidar o princípio da vedação ao retrocesso social.

3.4.5. Fiscalização e controle contratual.

A devida fiscalização e o controle dos contratos de prestação de serviços de terceiros conforme o imperativo legal, possuem importância elementar no cenário de terceirização nas entidades públicas, particularmente, para evitar a litigiosidade em face da responsabilidade trabalhista e como proteção e garantia dos direitos dos terceirizados.

Nesse sentido foram criadas leis, editadas instruções normativas, promovida capacitação e orientação para responsáveis pela fiscalização dos contratos, dado que, em grande

medida, as falhas na supervisão e gestão são originadas pelos servidores incumbidos dessa tarefa, o que motiva a caracterização da responsabilidade subsidiária pela culpa *in vigilando* da Administração Pública.

Nesse esforço estratégico e normativo de fiscalização e controle de contratos, a Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – IN05/2017 - MPDG, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, é o grande guia da Administração Pública, na atualidade.

A Instrução Normativa nº 05, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão veda, expressamente, à Administração ou aos seus servidores, qualquer relação com os empregados da contratada que caracterize pessoalidade e subordinação direta, bem como praticar atos de ingerência na administração da contratada, como possibilitar ou dar causa a atos de subordinação, vinculação hierárquica, prestação de contas, aplicação de sanção e supervisão direta sobre os empregados da contratada; exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis indicados pela empresa, exceto quando o objeto da contratação prever a notificação direta para a execução das tarefas previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, tais como nos serviços de recepção, apoio administrativo ou ao usuário; indicar pessoas para trabalhar nas empresas contratadas.

A IN05/2017 veda, da mesma forma, promover ou aceitar o desvio de funções dos trabalhadores da contratada, mediante a utilização destes em atividades distintas daquelas previstas no objeto da contratação e em relação à função específica para a qual o trabalhador foi contratado; considerar os trabalhadores da contratada como colaboradores eventuais do próprio órgão ou entidade responsável pela contratação, especialmente para efeito de concessão de diárias e passagens; definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, salvo nos casos específicos em que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior a daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria, desde que justificadamente; e conceder aos trabalhadores da contratada direitos típicos de servidores públicos, tais como recesso, ponto facultativo, dentre outros.

Estabelece a IN05/2017 que as atividades de gestão e fiscalização da execução contratual são o conjunto de ações que tem por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os serviços contratados, verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, dentre outras, com intuito de assegurar o cumprimento das cláusulas acordadas e a solução de problemas relativos ao objeto do contrato.

Para isto a Instrução Normativa prescreve a segmentação da fiscalização em técnica (com o objetivo de avaliar a execução do objeto conforme contratado e, se for o caso, aferir se a quantidade, qualidade, tempo e modo da prestação dos serviços estão compatíveis com os indicadores de níveis mínimos de desempenho estipulados no ato convocatório); administrativa (verificar aspectos administrativos da execução dos serviços nos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento), setorial (trata dos aspectos técnicos ou administrativos quando a prestação dos serviços ocorrer concomitantemente em setores distintos ou em unidades desconcentradas de um mesmo órgão ou entidade) e pelo público usuário (objetivo de aferir os resultados da prestação dos serviços, os recursos materiais e os procedimentos utilizados pela contratada através de pesquisa de opinião), trazendo a figura do gestor do contrato para coordenar as atividades relacionadas àquelas fiscalizações.

A norma dispõe as hipóteses de retenção da garantia e de créditos da contratada, nos casos de rescisão dos contratos de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra. Caberá ao fiscal administrativo, segundo o Art. 64 da IN05/2017, verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou dos documentos que comprovem que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho. A contratada deverá comprovar o disposto no artigo 64, caso contrário o órgão ou entidade contratante deverá reter a garantia contratual (que não excederá a cinco por cento do valor do contrato), conforme art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993 (que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública), prestada como cobertura para os casos de descumprimento das obrigações de natureza trabalhista e previdenciária pela contratada, a qual será executada para reembolso dos prejuízos sofridos pela Administração.

Matéria significativa desse regulamento é a possibilidade da contratante poder efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada que tenham

participado da execução dos serviços objeto do contrato se porventura a contratada, no prazo de quinze dias, não efetuar a quitação das obrigações inadimplidas.

Essas diretrizes, como mencionado, servem para proteger e garantir direitos tanto da Administração Pública quanto dos funcionários terceirizados. Contudo é notório o distanciamento entre a regra e a prática que não raro é observado na gestão desses contratos.

4. RESPONSABILIDADE E TERCEIRIZAÇÃO: VULNERABILIDADE DOS FUNCIONÁRIOS TERCEIRIZADOS

A estrutura de gestão administrativa e econômica estabelecida pelo Estado, como as privatizações, reforma da previdência social e reforma trabalhista, são orientadas pelo arquétipo neoliberal, com pressuposto de crescimento sustentado da economia no quadro de uma economia de mercado, em um mundo globalizado.

Diante desse esforço para atender as instituições mercantis, a terceirização surge como panaceia dessa ânsia em diminuir o Estado, enfraquecer sua base social e fragmentar sua estrutura e princípios trabalhistas, e ao mesmo tempo, expandir sua eficiência para servir o capital.

Em um ambiente fragmentado, do ponto de vista social e trabalhista, é possível conjecturar, sem grandes dificuldades, a ocorrência de distúrbios e dilemas de todas as ordens. Nesse cenário, com tais características, é possível deduzir quem está, de modo mais preocupante, em uma situação de vulnerabilidade, e esta figura é o funcionário terceirizado.

O funcionário terceirizado que não possui as mesmas garantias e direitos que os demais funcionários da contratada, inclusive com relação a isonomia de remuneração, ainda que realizem as mesmas funções. Nesse caso observa-se a seguinte situação: A Administração Pública (contratante) contrata a prestação de serviços com uma empresa (contratada). Esta empresa emprega um funcionário que executará o serviço demandado pela contratante. A empresa não quita as verbas trabalhistas desse funcionário. Ao funcionário (na grande maioria com baixo nível educacional), frágil e carente de recursos financeiros, desprovido de conhecimentos jurídicos e submetido a normas que dificultam a perquirição dos seus direitos resta o infortúnio de ter trabalhado (para a contratante, efetivamente) sem receber os créditos pelo seu esforço. Ao Estado, que possui toda a força cogente para reaver seus créditos, caberia a função de promover a justiça, restituindo os valores devidos ao trabalhador, avocando para si o ônus da ação judicial de regresso das verbas para o erário público.

4.1. Responsabilidade do Estado

O instituto da responsabilidade tem origem no Direito Civil⁴¹, e consoante o ensinamento de Farias, Rosendal e Braga Netto (2017, p. 36) a responsabilidade legal necessita

⁴¹ A responsabilidade com a obrigação de reparar o dano, é instituído nos Arts. 186 e 927, ambos do Código Civil, a seguir transcritos:

de uma justificativa moral. Em virtude dos desafios científicos e técnicos da contemporaneidade, exige-se um horizonte hermenêutico mais amplo para o conceito de responsabilidade. Tal responsabilidade moral se construiu na obrigação de reparar danos decorrentes de culpa. Para os autores, atualmente, no amplo campo dos conflitos sociais e danos anônimos, atemporais e globais, o agente moral deve decidir pela prevenção, como forma ética e virtuosa de comportamento, sendo esse é um caminho seguro para uma ordem jurídica que se queira justa.

A responsabilidade que será tratada nesta seção, é circunscrita à função administrativa em sentido estrito do poder estatal⁴², em outras palavras, da responsabilidade resultante de comportamentos incongruentes, sobretudo quanto à fiscalização de contratos, da Administração Pública. Farias, Rosenvald e Braga Netto (2017, p.36) explicam que deslocando-se o objeto da responsabilidade para o cuidado com outrem, vulnerável e frágil, será possível responsabilizar alguém como sujeito capaz de se designar por seus próprios atos, de modo a substituir a ideia de reparação pela de **precaução**, na qual o sujeito será responsabilizado pelo apelo à virtude da **prudência**. Ao invés da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na **circunspeção** - e, por que não, no **cuidado** -, reformulando, portanto, a sua velha acepção, levando-a para longe do singelo conceito inicial de *obrigação* de reparar ou de *sofrer* a pena.

Di Pietro (2019, p. 727) leciona sobre a responsabilidade do Estado por omissão, afirmando que é subjetiva⁴³, empregando a teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público porque é, segundo a autora, “indiferente saber quem é o agente público responsável”. O Estado, segundo essa teoria, responderia sempre que o serviço público: não funcione, quando deveria funcionar; funcione atrasado; ou funcione mal. Nas duas primeiras hipóteses, tem-se a omissão danosa. Cretella apud Di Pietro (2019, 728), expõe que

a omissão configura a culpa in omittendo ou in vigilando. São casos de inércia, casos de não atos. Se cruza os braços ou se **não vigia**, quando deveria agir, *o agente público omite-se*, empenhando a **responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente.** *Devendo agir*, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como *bonus administrator*. Foi negligente. Às vezes imprudente ou até imperito.

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.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁴² Com relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, essa responsabilidade incide em casos excepcionais.

⁴³ Contudo, Di Pietro (2019, p. 728) reconhece que a maioria da doutrina parece pender para a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, em casos de sua omissão.

Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, *culpa*, ligada à ideia de inação, física ou mental. (grifo nosso).

Essas concepções esculpem a responsabilidade da Administração Pública porquanto compreende o dever de precaução, prudência, sensatez e cuidado, além da obrigação de agir. Em suma, de modo a evitar a incidência da culpa *in vigilando*, é categórico a circunspeção com os direitos do funcionário terceirizado e das condições contratuais, bem como a necessidade de agir à menor violação dessas cláusulas e desses direitos.

Evidenciado esses entendimentos, têm-se a previsão da responsabilidade, em contratos de serviços terceirizados, da empresa e/ou da tomadora de serviços, nas diversas normas nacionais que regem o instituto da terceirização, a Lei nº 6.019/74, em seu Art. 5º, §5º (incluída pela Lei da Terceirização) e Art. 10, §7º (incluído pela Reforma Trabalhista), a responsabilidade subsidiária⁴⁴ da contratante pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços. Originalmente essa Lei enunciava a responsabilidade solidária apenas no Art. 16 e apenas para o caso de falência da empresa de trabalho temporário.

A Lei da Terceirização (Lei nº 13.429/2017), não prevê a responsabilidade solidária, tão somente a subsidiária, incluindo os seguintes dispositivos na Lei nº 6.019/74:

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.
 § 5º A empresa contratante é **subsidiariamente** responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (grifo nosso).

⁴⁴ É significativo diferenciar a responsabilidade solidária da responsabilidade subsidiária. O Código Civil brasileiro de 2002, registra no Art. 264 que há **solidariedade**, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda. A responsabilidade subsidiária consta na Súmula 331-TST, IV e VI, com as seguintes redações, respectivamente: O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade **subsidiária** do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial; A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Pode-se sintetizar o entendimento dos termos expondo que na responsabilidade solidária o terceirizado pode cobrar o pagamento de direitos trabalhistas, conjuntamente, tanto da empresa contratada quanto da contratante, enquanto que na responsabilidade subsidiária o terceirizado pode cobrar o pagamento dos direitos trabalhistas da contratante tão somente após se esgotarem a possibilidade de ressarcimento pela contratada. Fonte: <https://www.camara.leg.br/noticias/408766-responsabilidade-subsidiaria-x-solidaria/>. Acesso em: 5 nov. 2019.

O parágrafo 5º, do artigo acima, versando sobre o trabalho terceirizado e o parágrafo 7º, do Artigo 10, a seguir, tratando sobre o trabalho temporário, ambos incluídos pela Lei da Terceirização,

Art. 10. Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário.

§ 7º A contratante é **subsidiariamente** responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (grifo nosso).

A norma que promoveu a reforma da legislação trabalhista brasileira (Lei nº 13.467/2017), abriga em sua redação normas tanto sobre a responsabilidade solidária, quanto a subsidiária, nos dispositivos:

Art. 2. Considera-se empregador, a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis **solidariamente** pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

O parágrafo acima, alterado, expando a responsabilidade de grupo econômico. O artigo 10-A, trata-se de inclusão normativa e aborda a responsabilidade do sócio retirante,

Art. 10-A. O sócio retirante responde **subsidiariamente** pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência:

I - a empresa devedora;

II - os sócios atuais; e

III - os sócios retirantes.

Parágrafo único. O sócio retirante responderá **solidariamente** com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato.

Em conclusão, revela-se o Art. 448-A,

Art. 448-A. Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor.

Parágrafo único. A empresa sucedida responderá **solidariamente** com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência.

Que desenvolve a responsabilidade em caso de sucessão empresarial, quando for caracterizada fraude na transferência. Todos os dispositivos mencionados fazem parte da Consolidação das Leis do Trabalho.

4.2. Implicações judiciais da Lei da Terceirização e da Reforma Trabalhista

Dados do Relatório Justiça em Números⁴⁵ demonstram que dentre os assuntos mais demandados no Poder Judiciário, como um todo, figura em primeiro lugar, em 2015 (CNJ, Justiça em Números, p. 74), 2016 (CNJ, Justiça em Números, p. 167), 2017 (CNJ, Justiça em Números, p. 181) e 2018 (CNJ, Justiça em Números, p. 205)⁴⁶: a *Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias*. Em segundo lugar: *Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral*, ambos do Direito do Trabalho. Essa configuração, em 2015, era diferente com relação ao segundo lugar, que trazia o assunto do Direito Civil: *Obrigações/Espécies de Contratos*, como segundo mais demandado. O gráfico abaixo revela o número dessas demandas, especificamente, em relação à Justiça Trabalhista:

Gráfico 01

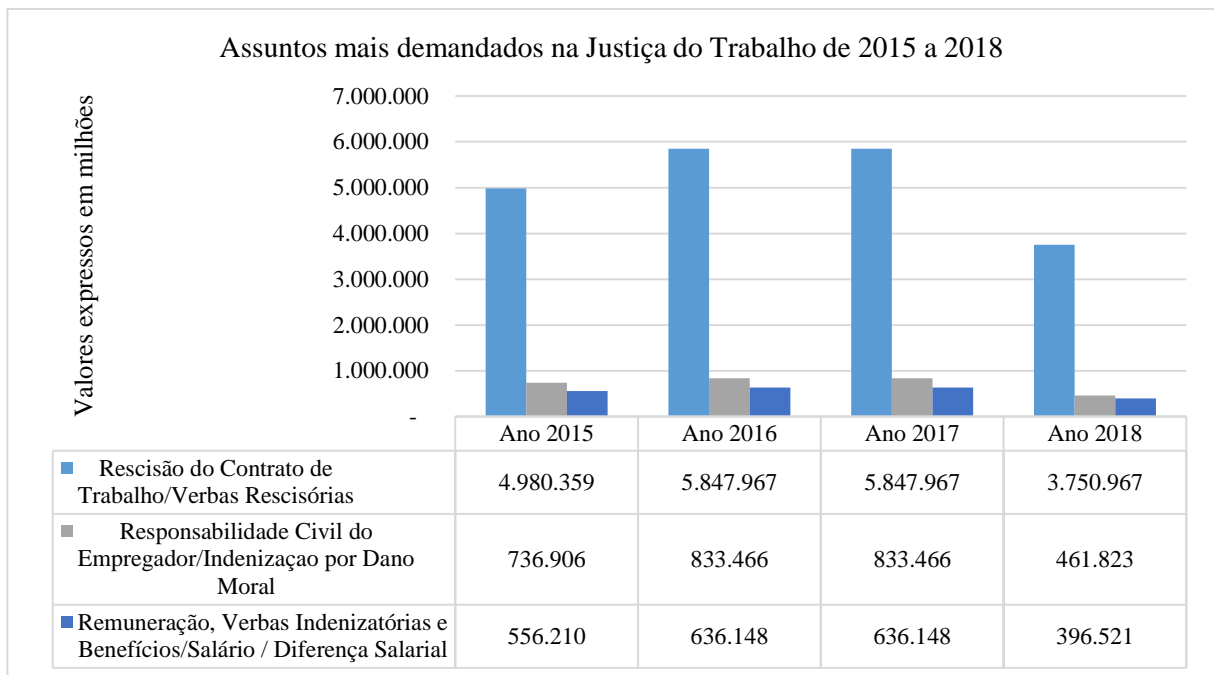


Gráfico 2: Assuntos mais demandados na Justiça do Trabalho de 2015 a 2018

Fonte: Elaborado pelo autor a partir da análise dos dados coletados no CNJ, Justiça em Números, 2016, 2017, 2018 e 2019.

Da análise do gráfico percebe-se o **decréscimo das demandas trabalhistas depois de 2017**, ano em que entraram em **vigor a Lei da Terceirização e a Lei da Reforma Trabalhista**.

⁴⁵ O Relatório Justiça em Números é a principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, anualmente, desde 2004, divulga, com muitos detalhes da estrutura e litigiosidade, a realidade dos tribunais brasileiros. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 4 nov. 2019.

⁴⁶ Estes anos referem-se a data base dos dados. O ano de publicação dos relatórios são 2016, 2017, 2018 e 2019, respectivamente.

Gráfico 02

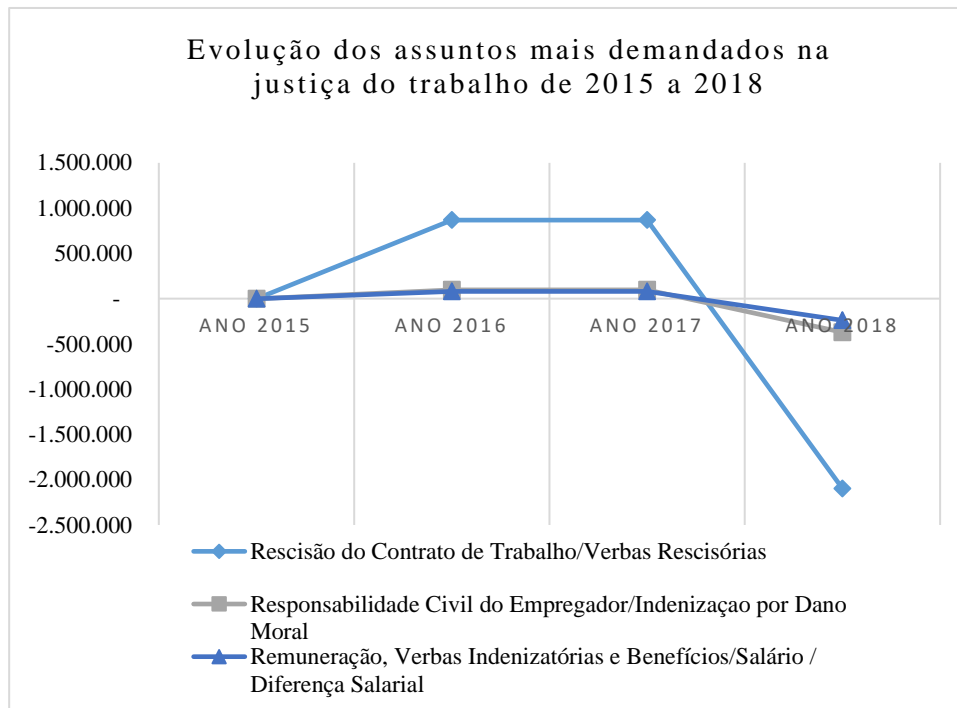


Gráfico 3: Evolução numérica dos assuntos mais demandados na Justiça do Trabalho de 2015 a 2018.

Fonte: Elaborado pelo autor a partir da análise dos dados coletados no CNJ, Justiça em Números, 2016, 2017, 2018 e 2019.

Realizando uma comparação com os números absolutos temos que em 2016 a demanda correspondia a 5.847.967 (cinco milhões, oitocentos e quarenta e sete mil, novecentos e sessenta e sete) processos, número que se manteve em 2017, em 2018 passou a 3.750.967 (três milhões, setecentos e cinquenta mil, novecentos e sessenta e sete) processos. **Um declínio de 35,86%⁴⁷, ou, 2.097.000 (dois milhões, noventa e sete mil) processos, comparado com 2016 e 2017.**

O decréscimo das demandas trabalhistas depois de 2017, ano de vigência da Lei da Terceirização e da Lei da Reforma Trabalhista, parece guardar relação com os conteúdos da norma, porque, dentre os muitos fatores que poderiam afetar esses números, quando relacionado a esfera da Justiça do Trabalho, dois deles são determinantes para a compreensão desse cenário, quais sejam, o Índice de Produtividade Comparada da Justiça do Trabalho⁴⁸, que apresentou em

⁴⁷ O resultado foi obtido realizando uma regra de três simples: entre o valor de 5.847.967 e 2.097.000 (que é a subtração entre 5.847.967 e 3.750.967). O percentual representa a porcentagem do valor 2.097.000, em comparação ao valor de 5.847.967.

⁴⁸ O Índice de Produtividade Comparada da Justiça - IPC-Jus é um indicador criado pelo Conselho Nacional de Justiça que resume os dados recebidos pelo Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ) em uma única medida, de modo a refletir a produtividade e a eficiência relativa dos tribunais. (CNJ, Justiça em Números, 2016, p. 196).

média, no ano de 2015, 85%; em 2016, foi de 90%; em 2017, de 91%; e em 2018, de 83%⁴⁹, índices praticamente inalterados de produtividade no período analisado; e a série histórica de movimentação processual de ingresso de novos processos, cuja queda do número de casos novos a partir de 2017 é evidente, como apresentado abaixo no gráfico 03:

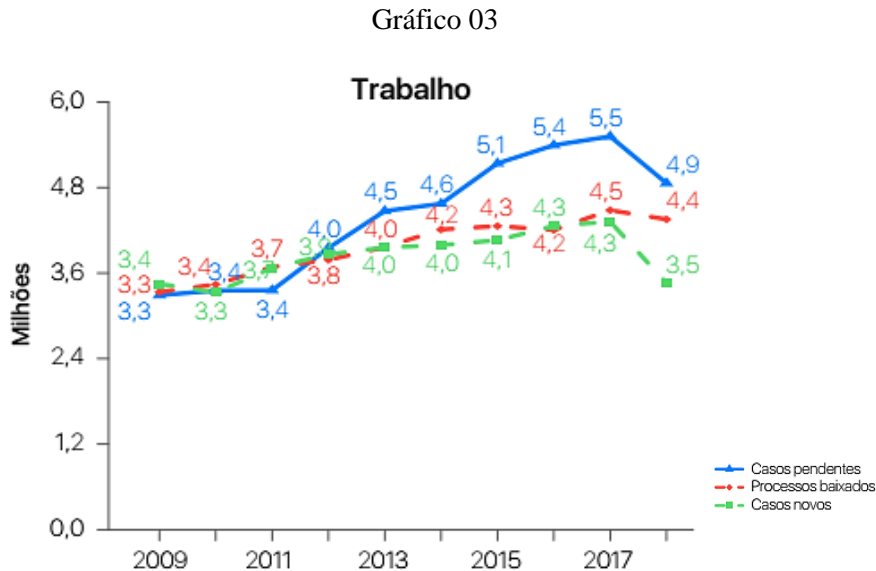


Gráfico 4: série histórica de movimentação processual trabalhista.

Fonte: CNJ, *Justiça em Números*, 2019, p. 82.

O Relatório do CNJ de 2019 corrobora esse entendimento ao expor, no item 4.1 Litigiosidade que o ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009, afirmando que

O resultado decorre, em especial, do desempenho da Justiça do Trabalho, que praticamente manteve a produtividade do ano anterior apesar da redução de 861 mil novos processos. Dessa forma, houve redução no estoque de 656 mil processos. **Há de se destacar que a redução dos processos ingressados pode estar relacionada à reforma trabalhista aprovada em julho de 2017**, tendo entrado em vigor em novembro de 2017. (CNJ, *Justiça em Números*, 2019, p. 79.). (grifo nosso).

Em que pese a análise dos dados ser capaz de proporcionar manifesta percepção da repercussão da Reforma Trabalhista, com fito de enrijecer o pensamento sobre a questão, pode-se destacar, dentre outras, a inclusão do dano extrapatrimonial como um dos motivadores do cenário apresentado. Desponta, para tanto, a inserção de um novo título na CLT (Título II-A - Do Dano Extrapatrimonial), promovido pela Reforma, cujo comentário de Delgado e Delgado (2017, p. 144) revela que, após essa inclusão,

não cabe mais falar em dano moral, dano estético e correlatos: simplesmente despontam os danos extrapatrimoniais, quer de trabalhadores, quer de empresas, que

⁴⁹ CNJ, *Justiça em Números*, 2016, p. 197; 2017, p. 152; 2018, p. 166; 2019, p. 190.

se tomam bastante similares e equivalentes, aparentemente desvestidos da força constitucional inspiradora deflagrada em 1988 em benefício da pessoa humana.

Os autores (2017, p. 146) afirmam que o texto do Art. 223-B, “causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais **são as titulares exclusivas do direito à reparação.**”, possui validade como parâmetro geral, mas

conforme se conhece da diversidade das situações sociojurídicas existentes no mundo do trabalho, há pretensões que podem, sim, ser de titularidade de pessoas físicas ligadas afetiva, econômica e/ou juridicamente à pessoa humana afrontada, tal como pode ocorrer com a(o) esposa(o) ou a(o) companheira(o) e os filhos da vítima de danos extrapatrimoniais. Na hipótese do evento morte da vítima, tais pretensões são manifestas e, em princípio, garantidas, abstratamente, pela ordem jurídica (embora, é claro, na prática, fiquem na dependência da reunião efetiva dos requisitos legais para a incidência das indenizações previstas no Direito).

Continuando a análise o Art. 223-C⁵⁰ firma um rol exaustivo dos "bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física", deixando de fora outros que, obviamente, devem/deveriam ser, da mesma forma, tutelados (por exemplo, etnia, cor, origem, idade, exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, tutelas constantes na Constituição Republicana de 1988 e na Lei nº 9.029/1995).

Por seu turno o Art. 223-G⁵¹ estabelece uma tarifação da indenização por dano extrapatrimonial. Por fim o Art. 223-A menciona que a reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho aplica-se "apenas os dispositivos deste Título". Uma visível forma de coibir ações trabalhistas, e como afirmou o ex-presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Anamatra, juiz Guilherme Guimarães, a reforma criou uma “imensa insegurança jurídica”⁵².

⁵⁰ Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

⁵¹ § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

⁵² BRASIL, Câmara dos Deputados, **Debatedores responsabilizam reforma trabalhista por aumento do desemprego e da informalidade**. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/noticias/541477-debatedores-responsabilizam-reforma-trabalhista-por-aumento-do-desemprego-e-da-informalidade/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Incorporados aos assuntos mostrados inserem-se os relacionados à terceirização. As verbas rescisórias não quitadas ou pagas em desacordo pela contratada, gera a responsabilidade civil do empregador (ou do tomador dos serviços, conforme o caso), demandando a busca pela correta remuneração, com verbas indenizatórias, benefícios, salário e a correspondente diferença salarial, e, ainda, pela análise dos dados oficiais, é possível evidenciar o impacto da Lei da Reforma Trabalhista no âmbito da Justiça do Trabalho, além de apontar o desestímulo, através do enfraquecimento das normas trabalhistas, pela busca da Justiça.

4.3. Princípios trabalhistas e constitucionais de proteção do trabalho

Para Delgado (2019, p. 206) os princípios, dentro do fenômeno de Direito, ostentam três grandes funções: primeiro como proposições ideais informadoras da compreensão do fenômeno jurídico (*princípios descritivos*), sendo essa sua função tradicional no âmbito de qualquer ramo do Direito. Segundo como fonte supletiva (*princípios normativos subsidiários*), em situações de lacunas nas fontes jurídicas principais do sistema. E terceiro como função normativa própria ou concorrente. Para o autor (2019, 220) princípio traduz, de maneira geral, a noção de “Proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.”

Sinteticamente, os princípios são cânones orientadores e fundamentais que estruturam e comunicam valores aos sistemas jurídicos, exercendo uma tríplice função nesses sistemas, a saber: informativa, interpretativa e normativa⁵³. De certo modo, devido ao seu caráter elementar, uns são comuns a múltiplos ramos do Direito (v.g., princípio da legalidade; princípio da dignidade), enquanto que outros possuem sua especificidade dentro do seu plano doutrinário (v.g., princípio *in dubio pro misero*; princípio da imperatividade das normas trabalhistas). Contudo como afirma Ávila (2011, p. 24),

...o importante não é saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio. **O decisivo, mesmo, é saber qual é o modo mais seguro de garantir sua aplicação e sua efetividade.** Ocorre que a aplicação do Direito depende precisamente

⁵³ Leciona Bezerra Leite (2019, p. 126) que a *função informativa* é destinada ao legislador, inspirando a atividade legislativa em sintonia com os princípios e valores políticos, sociais, éticos e econômicos do ordenamento jurídico. A *função interpretativa* é destinada ao aplicador do direito, pois os princípios se prestam à compreensão dos significados e sentidos das normas que compõem o ordenamento jurídico. E a *função normativa*, também destinada ao aplicador do direito, decorre da constatação de que os princípios podem ser aplicados tanto de forma direta, na solução dos casos concretos mediante a derrogação de uma regra por um princípio, por exemplo, o princípio da norma mais favorável aos trabalhadores (CF, art. 7º), quanto de forma indireta, por meio da integração do sistema nas hipóteses de lacuna (CPC, art. 126), como se dá, por exemplo, com a aplicação do princípio da preclusão prevista no art. 278 do CPC nos sítios do processo do trabalho.

de processos discursivos e institucionais sem os quais ele não se toma realidade. A matéria bruta utilizada pelo intérprete — o texto normativo ou dispositivo — constitui urna mera possibilidade de Direito. (grifo nosso).

De forma idêntica é necessário repisar que, para além dos conceitos e das denominações, deve-se pugnar pela aplicabilidade, uniforme e satisfatória, dos princípios jurídicos para concretizar os ideais de justiça nas instituições de modo geral.

Considerando os escopos sociais, laborais e jurídicos, além do seu compromisso com a Justiça, é atribuído elevado valor aos princípios específicos do Direito do Trabalho (individuais e coletivos⁵⁴), de acordo com Delgado (2019, p. 232), dentre os princípios individuais trabalhistas, os mais importantes são:

- a) *princípio da proteção* (conhecido também como princípio tutelar ou tuitivo ou protetivo ou, ainda, tutelar-protetivo e denominações congêneres);
- b) *princípio da norma mais favorável*;
- c) *princípio da imperatividade das normas trabalhistas*;
- d) *princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas* (conhecido ainda como princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas);
- e) *princípio da condição mais benéfica* (ou da cláusula mais benéfica);
- f) *princípio da inalterabilidade contratual lesiva* (mais conhecido simplesmente como princípio da inalterabilidade contratual; merece ainda certos epítetos particularizados, como princípio da intangibilidade contratual objetiva);
- g) *princípio da intangibilidade salarial* (chamado também integralidade salarial, tendo ainda como correlato o princípio da irredutibilidade salarial);
- h) *princípio da primazia da realidade sobre a forma*;
- i) *princípio da continuidade da relação de emprego*.

O autor considera esse grupo de princípios como mais importantes e basilares, posto que

tais princípios formam o núcleo justralhista basilar por, a um só tempo, não apenas incorporarem a *essência da função teleológica do Direito do Trabalho*, como por possuírem *abrangência ampliada e generalizante* ao conjunto desse ramo jurídico, tudo isso sem que se confrontem de maneira inconciliável com importantes princípios jurídicos gerais, externos ao ramo jurídico especializado. O potencial vinculante, indutor e de generalização desses princípios sobre o conjunto do ramo jurídico especializado é, desse modo, mais forte e abrangente do que o característico aos demais princípios especiais do Direito Laboral. (DELGADO, 2019, p. 233).

⁵⁴ Nesta pesquisa não serão abordados, analiticamente, os princípios especiais do Direito Coletivo do Trabalho, exceto se necessário para o reforço na assimilação do tema.

Com finalidade de examinar, naturalmente sem esgotar o estudo sobre os princípios trabalhistas, será elucidado, sucintamente, o teor essencial de cada princípio, em conformidade com o ensinamento de Delgado (2019, p. 233-248). Isso exposto, nomeadamente o *princípio da proteção* comunica que ao trabalhador, vulnerável e hipossuficiente dentro da relação trabalhista, é garantida uma rede protetiva visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Dispõe o *princípio da norma mais favorável* que aqueles que exercem a função jurídica devem optar pela regra mais favorável ao trabalhador, em três situações ou dimensões distintas: no instante de elaboração da regra ou no contexto de confronto entre regras concorrentes ou, por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas. Seguindo a concepção o *princípio da imperatividade das normas trabalhistas* declara que as regras justralhistas são, essencialmente, imperativas não podendo, regra geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes⁵⁵.

O *princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas*, traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado privar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato. Pelo *princípio da condição mais benéfica* é garantida a preservação, no decurso do contrato, das cláusulas contratuais mais vantajosas ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido em conformidade com o Art. 5º, XXXVI, CRFB/88.

Ordenadamente, desponta o princípio da inalterabilidade contratual lesiva inspirado no princípio geral do Direito Civil da inalterabilidade dos contratos⁵⁶, constitui um princípio da força obrigatória de um contrato, tornando-se norma cogente entre as partes que o celebram, Delgado (2019, p. 239) afirma que a noção *genérica* de inalterabilidade perde-se no ramo justralhista, uma vez que o Direito do Trabalho não contingencia - mas, incentiva - as

⁵⁵ A da Lei Reforma Trabalhista enfraqueceu, em parte, esse princípio, uma vez que, nas palavras de Vólia Bomfim Cassar, “prestigia a negociação individual e coletiva entre as partes sobre os direitos previstos em lei, permitindo que o negociado prevaleça sobre o legislado, pois parte da falsa premissa de que o trabalhador quer livremente abrir mão de seus direitos, ignorando sua vulnerabilidade jurídica. Também autoriza renúncia de direito e torna disponíveis direitos que deveriam ser indisponíveis.”. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27640581_A_REFORMA_TRABALHISTA_E_A_AUTONOMIA_DA_VONTADE_DO_EMPREGADO.aspx. Acesso em: 09 nov. 2019. Para Delgado (2019, p. 237) A Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), ao invés, procurou aumentar a presença de regras dispositivas na CLT, de maneira a ampliar o poder unilateral do empregador na gestão do contrato empregatício. Ainda assim, não fez desaparecer o princípio jurídico ora examinado.

⁵⁶ Conhecido pelo brocardo *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos). Sofre atenuações através da fórmula *rebus sic stantibus* (estando as coisas assim), é a determinação contratual de que, presente uma situação imprevista (Teoria da Imprevisão), o contrato deve ser ajustado à nova realidade. Entretanto Delgado (2019, p.239), assegura que *tende a ser genericamente rejeitada pelo Direito do Trabalho*.

alterações contratuais *favoráveis* ao empregado; estas tendem a ser naturalmente permitidas consoante o Art. 468, *caput*, CLT,

Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Por fim, Delgado (2019, p. 241) aduz que

a Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017, ao implementar reforma trabalhista no País, criou mecanismos novos permissivos para a alteração lesiva do contrato trabalhista, “por livre estipulação das partes” — embora se saiba tratar-se de nítido *contrato de adesão*. Nesta linha, por exemplo, o disposto no novo parágrafo único do art. 444 da CLT que institui a possibilidade de segregação jurídica de empregados dentro da mesma empresa: um grupo, com as proteções e garantias trabalhistas; o outro grupo, formado por profissionais com diploma de nível superior e salário mensal igual ou superior ao teto previdenciário (na data de vigência da Lei — 11.11.2017 —, o valor de R\$ 11.062,62) — este segundo grupo pode negociar, bilateralmente, a desregulamentação e/ou flexibilização de inúmeras cláusulas de seu contrato, tal como previsto no art. 611-A da CLT.

Seguindo, o *princípio da intangibilidade salarial* acentua que o conteúdo do contrato empregatício não poderia ser modificado (como já ressaltado pelo princípio da inalterabilidade contratual lesiva) mesmo que ocorresse efetiva mudança no plano do sujeito empresarial.

Completando, o *princípio da primazia da realidade sobre a forma* assume importância singular para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista, indica que a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços é que impera, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual - na qualidade de *uso* - altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes.

Concluindo o *princípio da continuidade da relação de emprego* traz a ideia de permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Somente com tal preservação e integração é que a ordem justaltrabalhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo finalístico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho na sociedade.

Os princípios constitucionais inscritos na Constituição Republicana de 1988 constituem fontes normativas primárias do nosso sistema normativo e os princípios do trabalho insculpidos na CRFB/88 enfatizam a relevância que a pessoa humana e o valor trabalho

possuem no campo constitucional e, desse modo, na vida jurídica, institucional, econômica e social.

Nessa temática, Delgado (2019, p. 227; 2017, p. 38), notabiliza os seguintes princípios constitucionais do trabalho, sucintamente como segue:

- a) *princípio da dignidade da pessoa humana* que traduz o conjunto essencial de valores intangíveis que compõe a personalidade e a individualidade da pessoa humana;
- b) *princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica*, noção de que o valor central das sociedades é a pessoa humana, em sua singeleza e independentemente de sua riqueza ou *status* social, para o autor é um dos avanços mais notáveis na história juspolítica da humanidade;
- c) *princípio da valorização do trabalho e do emprego*, que reconhece a essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social;
- d) *princípio da inviolabilidade do direito à vida*, informa que a vida da pessoa humana não pode, em suas diversas dimensões, ser ofendida ou ultrajada por malefícios naturais, artificiais, físicos ou psicológicos, dentre outros;
- e) *princípio do bem-estar individual e social*, comunica que as pessoas têm a justa expectativa de vivenciarem um patamar mínimo de bem-estar individual e social, cabendo à ordem jurídica, às políticas públicas e, no que lhe for pertinente, à sociedade civil criarem condições objetivas para o adequado alcance desse patamar;
- f) *princípio da justiça social*, dispõe que, independentemente, das aptidões, talentos e virtudes individualizadas, cabe às pessoas humanas acesso a utilidades essenciais existentes na comunidade⁵⁷;

⁵⁷ Esta concepção é dita por Delgado (2017, p.61) em: *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. Contudo parece mais eloquente as definições de John Rawls, em “Uma teoria da justiça”, muito embora o autor não faça referência, nesse ponto, a “justiça social”, mas apenas a “justiça” (especificamente ele fala em “os dois princípios de justiça”), o conceito é bastante expressivo e acomoda-se notavelmente na compreensão de justiça social. Isso exposto, nas palavras de Rawls (1997, p. 46-47), “**cada pessoa deve ter direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais** que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.” E, “as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”. O autor conclui afirmando que esses princípios são um caso especial de uma concepção mais geral de justiça, expressada como segue: “**Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da autoestima – devem ser distribuídos**

g) *princípio da submissão da propriedade à sua função socioambiental*, ao mesmo tempo em que afirma o regime da livre iniciativa, enquadra-o, firmemente, no plano de práticas e destinações afirmativas do ser humano e dos valores sociais e ambientais. Sendo inconstitucional, no entendimento de Delgado (2017, p. 61), a antítese “o lucro ou as pessoas”, para ele, é constitucionalmente reconhecido e protegido, quando a livre iniciativa e o lucro agreguem valor aos seres humanos, à convivência e aos valores da sociedade, à higidez do meio ambiente geral, inclusive o do trabalho;

h) *princípio da não discriminação*, é a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante;

i) *princípio da igualdade*, especialmente a igualdade em sentido material, em sua dimensão material – que corresponde à concepção contemporânea do princípio da igualdade (isonomia) nos Estados Democráticos de Direito, esse princípio se expressa pela conhecida e multicitada locução: “tratar com igualdade os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades”;

j) *princípio da segurança*, refere-se à sensação e garantia de bom estado físico, psíquico, jurídico e institucional assegurada pela Constituição Republicana e pelo ordenamento jurídico às pessoas na vida social;

k) *princípio da proporcionalidade e da razoabilidade*, enfatiza o foco na ideia de utilizar meios necessários e adequados, brandidos na equânime e correta medida, para alcançar fins lícitos, seguindo um padrão médio de racionalidade e de razoabilidade, de modo que as condutas humanas devem ser pautadas segundo um critério associativo de verossimilhança, sensatez e ponderação; e por fim,

l) *princípio da vedação do retrocesso social*, comunica a proibição da ordem jurídica de criar ou ratificar normas e institutos que concretizem ou estimulem a piora ou degradação do patamar civilizatório atingido pela sociedade civil e política.

Renovando o consignado anteriormente, os princípios são cânones orientadores e fundamentais que estruturam e comunicam valores aos sistemas jurídicos, servem para reforçar, garantir e modular os efeitos das normas positivadas e pela interpretação dos que aplicam o Direito. E, seu estudo serve como esteio para uma análise crítica das implicações sobre as

igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.”(grifo nosso).

relações de trabalho e a vulnerabilidade dos trabalhadores terceirizados, visto que a matriz reformadora e terceirizante aplicada no ordenamento jurídico brasileiro não compatibiliza com as orientações principiológicas mostradas. Para Cassar (2018, p. 31), a diretriz básica do Direito do Trabalho é a **proteção do trabalhador**, uma vez que o empregado não está em igualdade jurídica com o empregador, como acontece com os contratantes no Direito Civil, e como evidenciado nas seções anteriores, especialmente na 4.2 (implicações judiciais), e ainda mais reforçado na próxima seção desta pesquisa, as normas falham em atender os princípios básicos de proteção do trabalhador.

4.4. Vulnerabilidade dos funcionários terceirizados

Na Nota Técnica nº 178, de 2017, divulgada pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE, divide as alterações promovidas pela Reforma Trabalhista em quatro grandes temas, como segue: a) condições de trabalho; b) organização sindical; c) negociações coletivas; e d) justiça do trabalho.

Sobre as condições de trabalho a Nota Técnica (2017, p. 1) informa que

a esse tema está a regulamentação de um “cardápio” de contratos precários que se somam ao contrato temporário recentemente aprovado pela Lei 13.429/2017, garantindo ao empregador uma variedade de formas de contratação com menores custos. **Para os trabalhadores, significará inserção no mercado de trabalho com menor proteção.** A heterogeneidade do mercado de trabalho vai aumentar. (grifo nosso).

Da mesma forma cria medidas que facilitam a demissão e reduzem a possibilidade do trabalhador reclamar direitos trabalhistas na Justiça do Trabalho; alterou a extensão da jornada de trabalho, estimulando, de forma indiscriminada e mediante acordos individuais, a jornada de 12 horas de trabalho seguidas de 36 horas de descanso, anteriormente restrita a situações específicas e celebrada em sede de acordo coletivo com o sindicato; facilita também a habitualidade da jornada de 10 horas diárias (8 horas de trabalho + 2 horas extras); promove os acordos individuais para estabelecimento de compensação das horas trabalhadas, anteriormente dependente de acordo coletivo com o sindicato; cria o contrato de trabalho intermitente e; por fim, desregulamenta, reduz ou “flexibiliza” uma série de direitos relativos às condições de trabalho, como salário, férias, isonomia salarial e proteção às mulheres gestantes.

Fortalece o argumento as palavras de Bezerra Leite (2019, p. 580), ao explicar que

com a Constituição de 1988 houve um processo de constitucionalização dos direitos trabalhistas, em função do que se pode dizer que, em linha de princípio, **qualquer**

proposta de alteração das normas infraconstitucionais tendente a abolir, reduzir ou extinguir direitos sociais dos trabalhadores que se robustecem na legislação infraconstitucional implica violação aos arts. 7º, *caput*, e 5º, § 2º, da CF. (grifo nosso).

E, prosseguindo, o autor critica a prevalência do “negociado pelo legislado”, indicando tratar-se de “privatização dos direitos humanos” na medida em que afasta o Estado, principal responsável pela promoção da paz e justiça sociais, da complexa e desigual relação entre o Capital e o Trabalho.

Entretanto, em que consiste a vulnerabilidade? Ser vulnerável é estar suscetível a prejuízos, um dano, um perigo; é possuir fragilidade, estar indefeso; é não possuir garantias e segurança adequadas. Dentre os aspectos de vulnerabilidade dos funcionários terceirizados, figuram, principalmente, as vulnerabilidades econômicas, sociais, laborais e judiciais.

Essas vulnerabilidades se somam, em uma simbiose que transpõe os conceitos, coexistindo no horizonte das relações humanas sociais e individuais em diversos aspectos, cita-se nesse caso, as verbas trabalhistas não quitadas, que não é somente uma vulnerabilidade econômica, por força do dinheiro que o trabalhador deixou de receber, possui reflexos sociais (degradação das condições de vivência), laborais (instabilidade para executar os serviços a contento) e judiciais (direito de acionamento dos órgãos de Justiça para resolver a situação), tudo de forma simultânea e simbiótica.

As alterações normativas promovidas pelas Leis de Terceirização e da Reforma Trabalhista fomentaram essas vulnerabilidades, a título de exemplificação - nesta pesquisa será discutida apenas vulnerabilidades dos funcionários terceirizados no âmbito da Administração Pública -, revela-se duas das mais impactantes modificações da Lei da Reforma Trabalhista, segundo entendimento de Delgado e Delgado (2017, p. 207-210), a primeira trata-se do novo texto do Art. 5º-A, da Lei nº 6.019/74: "Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados **a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.**"

A segunda consiste na homologação da discriminação salarial entre os trabalhadores terceirizados⁵⁸ e os empregados da empresa contratante, literalidade do Art. 4º-

⁵⁸ Registra-se que a discriminação é na chamada terceirização permanente. A terceirização temporária possui equivalência salarial de acordo com o Art. 12, a, da Lei nº 6.019/74 (esse dispositivo passou incólume pela reforma trabalhista):

Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;

C, §1º, Lei n. 6.019/74: “Contratante e contratada **poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante**”, ou melhor: a possibilidade de escolha contratual, pelas empresas, entre se adotar uma prática discriminatória ou não quanto aos salários dos trabalhadores terceirizados. Sintetiza Delgado (2019, p. 209), afirmando que

Essas duas modificações mais impactantes da Lei da Reforma Trabalhista - bastante afinadas, aliás, ao viés anti-humanístico e antissocial da nova legislação -, contudo, não podem prevalecer no contexto de uma interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica dos preceitos legais enfocados.

As vulnerabilidades que estão sujeitos os terceirizados que exercem seu labor dentro dos órgãos da Administração Pública consistem, principalmente na: a) discriminação salarial; e b) responsabilidade pelas verbas trabalhistas não quitadas.

No que concerne à discriminação⁵⁹ salarial o Art. 461, da CLT, expressa que “**sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário**, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade”. Até esse ponto, essa redação (introduzida pela Lei da reforma Trabalhista), encaixa-se perfeitamente nos ditames constitucionais de igualdade sem distinção de qualquer natureza (Art. 5º, *caput*). Até esse ponto encaixa-se perfeitamente à Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando declara no Art. 23, que

1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. **Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.**
3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. (grifo nosso).

Até esse ponto a redação faz jus à Convenção nº 111⁶⁰, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, da Organização Internacional do Trabalho (promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968.⁶¹), especialmente quando consagra, no Art. 1º, 1,

⁵⁹ Delgado (2019, p. 1.002), conceitua discriminação como sendo a conduta pela qual se nega à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada.

⁶⁰ Convenção nº 111 da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e profissão, adotado pela Conferência Internacional do Trabalho em sua quadragésima segunda sessão (aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24 de novembro de 1964). Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang-pt/index.htm. Acesso em 14 nov. 2019.

⁶¹ O Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019, consolida os atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre as promulgações das convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT que foram ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art2. Acesso em 14 nov. 2019.

b, que qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, será considerada discriminação.

Até esse ponto os princípios justralhistas de *valorização do trabalho e do emprego, bem-estar individual e social, justiça social, princípio da não discriminação*, e acima de tudo a dignidade da pessoa humana encaixam-se perfeitamente à norma. Porém, surge, opostamente a tudo o que foi mencionado, deslocando as normas, convenções e princípios, o §2º, do artigo em comento, expondo que:

Os dispositivos deste artigo **não prevalecerão** quando o empregador tiver **pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários**, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público. (grifo nosso).

E, de igual maneira, acompanha o entendimento, do já mencionado Art. 4º-C, §1º, da Lei nº 6.019/74 (artigo incluído pela Reforma Trabalhista) enunciando que “contratante e contratada poderão estabelecer, **se assim entenderem**, que os empregados da contratada farão jus a **salário equivalente** ao pago aos empregados da contratante”

O exposto é o óbvio ululante da vulnerabilidade que se encontra o trabalhador em situação de terceirização trabalhista, ora sabe-se que o instituto da terceirização foi arquitetado com o intuito de reduzir custos, se assim foi planejado, não há sentido em terceirizar para continuar pagando os mesmos custos pelos serviços.

Assim acontece também na Administração Pública, onde terceirizados não recebem salários equiparados aos dos servidores/funcionários/empregados, seja por força constitucional – mesmo em caso de terceirização ilícita, vedação expressa pelo Art. 37, II -, seja por força jurisprudencial como a Orientação Jurisprudencial nº 297 da Subseção I Especializada em Dissídios individuais (SDI-1) do TST, *in verbis*

297. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. SERVIDOR PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL. ART. 37, XIII, DA CF/1988 (DJ 11.08.2003)

O art. 37, inciso XIII, da CF/1988, veda a equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público, **sendo juridicamente impossível a aplicação da norma infraconstitucional prevista no art. 461 da CLT quando se pleiteia equiparação salarial entre servidores públicos**, independentemente de terem sido contratados pela CLT. (grifo nosso).

Contudo a Orientação Jurisprudencial nº 383, estabeleceu que, desde que presente a igualdade de funções os funcionários terceirizados têm direito às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

A questão da equiparação/isonomia salarial foi concluída ao ser julgado o Processo nº TST-RR-10733-42.2015.5.03.0179 - acórdão publicado em novembro de 2018, com trânsito em julgado dado em fevereiro de 2019, a jurisprudência foi aplicada pela 8ª Turma do Superior Tribunal do Trabalho, reformando decisão anterior que reconhecia o direito à isonomia salarial de uma terceirizada pela Caixa Econômica Federal. Na reforma da decisão foi aplicado o entendimento do STF sobre a licitude da terceirização em qualquer atividade da tomadora dos serviços, inclusive a atividade-fim, concluindo, desse modo, pela inaplicabilidade da isonomia prevista na Orientação Jurisprudencial nº 383 da SBDI-1.

A equiparação salarial, com as alterações advindas da Reforma Trabalhista ficou mais complexa, na esfera privada (só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria, de acordo com o Art. 461, §5º - CLT), e praticamente impossível na esfera pública, mesmo quando se trata de servidores públicos, é o entendimento exarado na Orientação Jurisprudencial nº 297 da SBDI-1, que veda a equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público, **sendo juridicamente impossível** a aplicação da norma prevista no Art. 461 da CLT quando é requerido equiparação salarial entre servidores públicos, independentemente de terem sido contratados pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho.

As condições de trabalho desiguais entre terceirizados e servidores perpassa pela responsabilidade sobre as verbas trabalhistas não quitadas. Desde o entendimento do STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, que reconheceu a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual a inadimplência do contratado, em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à administração pública a responsabilidade por seu pagamento.

Consoante com o Art. 10, §7º, sobre o trabalho temporário; o Art. 5º-A, §5º, sobre terceirização em geral, ambos da Lei nº 6.019/74, e o Art. 455 da CLT, a responsabilidade entre tomador dos serviços (contratante) e empresa que terceiriza (contratada) é subsidiária, ou seja,

secundária. Primeiramente responderá a contratada e, somente depois de esgotada as medidas, em caso de inadimplemento, a contratante. Antes da Lei nº 13.429/2017 declarar a responsabilidade subsidiária da empresa contratante, o inciso IV da Súmula 331 do TST já se posicionava no mesmo sentido.

Todavia a responsabilização do Poder Público só pode ocorrer caso haja culpa devidamente comprovada no descumprimento das obrigações trabalhistas, por fiscalização deficiente ou omissão. Assim dispôs o TST, que acrescentou o inciso V à Súmula 331 que declarou:

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 8.666**, de 21/6/1993, 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. (grifo nosso).

Isto dificulta sobremaneira a percepção, pelo funcionário terceirizado, das verbas trabalhistas não quitadas. Uma vez que deve ficar provada a culpa da fiscalização contratual, e mesmo sem culpa, deve-se atentar para o fato da hipossuficiência do terceirizado. Uma vez que a contratada não quitar as verbas trabalhistas e a Administração Pública não for responsabilizada, o funcionário terceirizado terá que ingressar com uma ação judicial para buscar satisfazer seus créditos.

Com a Reforma Trabalhista, como mostrado no Item 4.2, houve um decréscimo significativo das ações judiciais. Nos relatórios do CNJ, não é possível saber quantas ações possuem a Administração Pública como pólo passivo. A partir dessa constatação foi protocolado, no dia 05/11/2019, o pedido de informação número 305856, no endereço eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão - TST/CSJT, em que foi solicitado o número de processos em que a Administração Pública conste como pólo passivo no período de 2015 a 2019, especificamente relacionados a terceirização de serviços; o número de casos perdidos e vencidos. Como resposta foi enviado, via e-mail, em 12/11/2019, a resposta assinada pelo Coordenador de Estatística e Pesquisa do TST, como segue:

Não temos dados sobre o tipo de decisão, então **não é possível detalhar quem “perdeu” ou os casos “vencidos”**. Outro detalhamento **não disponível é o nome e polo da parte**. Só foi possível detalhar os processos da Administração Pública Federal porque existe no sistema um indicador de Administração Pública Direta e Indireta Federal como demandada. Os dados fornecidos são os casos novos totais (Tabela a) e o detalhamento com o assunto terceirização (Tabela b)

Com os dados da planilha enviada, fica claro os impactos provocados tanto pela Reforma Trabalhista quanto pelas decisões dos Tribunais Superiores, sobre as ações judiciais relacionadas a terceirização, como segue

Gráfico 04

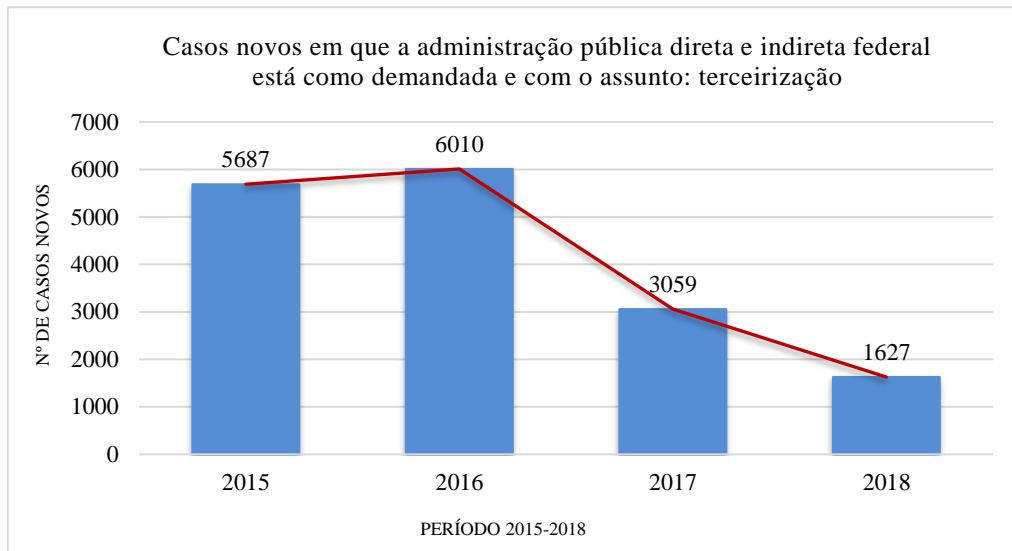


Gráfico 5: Número de casos novos no período de 2015 a 2018, em que a administração pública direta e indireta federal está como demandada.

Fonte: Elaborado pelo autor a partir da análise dos dados coletados no Serviço de Informação ao Cidadão - TST/CSJT.

Em 26 de abril de 2017 foi fixada a tese no julgamento do Recurso Extraordinário nº 760931, com repercussão geral, no qual se discute a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços, cuja redação é transcrita abaixo

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, **seja em caráter solidário ou subsidiário**, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Plenário, STF, 2017.

Na ocasião dos debates a representante da Advocacia Geral da União - AGU, explicou que a responsabilização do Poder Público só poderia ocorrer em caso de culpa comprovada do descumprimento das obrigações trabalhistas, por fiscalização inadequada ou omissão. Salientando que, na maior parte das condenações, a culpa do Poder Público é apenas presumida e que no acórdão do TST há também a inversão do ônus da prova. Ela observou que, além dos mais de 50 mil processos sobrestados, há outras 58 mil ações nas quais a União figura

como ré. Segundo a AGU, esses processos têm um custo médio de R\$ 15 mil, representando um impacto de R\$ 870 milhões.⁶²

Contrariamente a tudo isso, a terceirização só avança na Administração Pública, atualmente, segundo dados da Controladoria Geral da União⁶³ existem 2.249.122 (dois milhões, duzentos e quarenta e nove mil, cento e vinte e dois) funcionários terceirizados somente de órgãos federais, em janeiro de 2019. Dados publicados em 2017 afirmavam que para cada servidor federal, o governo gasta R\$ 23 mil em terceirização⁶⁴, isso representou um custo total de cerca de R\$ 25,1 bilhões naquele ano, uma despesa significativa que necessita ser avaliada se está gerando a redução de custos esperada, comparado com a contratação de um servidor.

⁶² Fonte: Notícias STF. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335066>. Acesso em: 14 nov. 2019.

⁶³ Dados públicos disponíveis em: <http://cgu.gov.br/sobre/dados-abertos/arquivos/terceirizados>. Acesso em 4 set. 2019.

⁶⁴ Fonte: Gazeta do Povo. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/para-cada-servidor-federal-governo-gasta-r-23-mil-em-terceirizacao-3nd4s0r4bcx7d4pysqo9nvwqu/>. Acesso em 4 set. 2019.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate sobre a Terceirização e a Reforma Trabalhista, possui contemporaneidade singular no cenário brasileiro atual, suscita muitas divergências e continua em constante expansão e transformação, um exemplo é a recente Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019, que institui o chamado “Contrato de Trabalho Verde e Amarelo”⁶⁵, e altera a legislação trabalhista. Sem embargo a OAB manifestou, por meio de nota técnica produzida pela Comissão Nacional de Direitos Sociais, a inconstitucionalidade da medida provisória, apontando, entre outros, que

a Medida Provisória nº 905/2019, ao criar e revogar normas legais relativas a uma grande variedade de assuntos, sem que estes apresentassem ao menos a conjunção dos requisitos essenciais a justificar a intervenção anômala do Poder Executivo no processo legislativo, ordinariamente confiado à iniciativa do Congresso Nacional e de seus integrantes, transgrediu tais parâmetros constitucionais. (OAB, Nota Técnica MP nº 905/2019, p. 40)

A discussão doutrinária é extensa, Souto Maior (2017, p. 1-2), explica que os defensores da Reforma Trabalhista preconizam que a Reforma trará modernização da legislação, fará diminuir os elevados custos do trabalho, irá combater à insegurança jurídica, ainda sustentam que a Reforma é necessária para aumentar a competitividade das empresas; acabar com o problema do desemprego; e favorecer as pequenas e médias empresas, além de argumentar que não se pode mais tratar o trabalhador como coitado. Delgado e Delgado (2017, 39-40), por sua vez afirmam que a Reforma Trabalhista surge claramente para retornar o Direito ao seu antigo papel histórico, qual seja, um instrumento de exclusão, segregação e sedimentação de desigualdades ente pessoas humanas e grupos sociais.

O problema que a pesquisa discutiu, qual seja, as implicações das normas de terceirização e da reforma trabalhista no âmbito, inclusive, da administração pública e seus efeitos sobre as relações de trabalho no período de 2015 a 2017, mostrou a precarização e o

⁶⁵ Modalidade de contratação destinada à criação de novos postos de trabalho para as pessoas entre dezoito e vinte e nove anos de idade, para fomentar o primeiro emprego. A contratação total de trabalhadores na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo é limitada a 20% do total de empregados da empresa. Determina que a contratação de trabalhadores com salário-base mensal de até um salário-mínimo e meio nacional, com contrato de trabalho celebrado por prazo determinado, por até vinte e quatro meses, a critério do empregador. Isenta as empresas de parcelas incidentes sobre a folha de pagamentos dos contratos na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo. Estabelece que os trabalhadores contratados receberão prioritariamente ações de qualificação profissional. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho para, entre outras medidas, autorizar o armazenamento em meio eletrônico de documentos relativos a deveres e obrigações trabalhistas, autorizar o trabalho aos domingos e aos feriados e simplificar a legislação trabalhista em setores específicos. Fonte: Congresso Nacional. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/139757>. Acesso em: 21 nov. 2019.

desamparo trabalhista que se encontram os funcionários terceirizados, a Consolidação das Leis do Trabalho brasileira possui 120 (cento e vinte) vezes o termo “justiça” escrito em seu texto, sem, contudo, mencionar em quaisquer dos seus 922 (novecentos e vinte e dois) artigos o termo “justiça social”, tampouco é encontrado nas Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017.

Precarização que pode ser observada como exposto pela pesquisa, entre outras, pela dicção Art. 4º-C, §§1º e 2º, da Lei da Reforma Trabalhista: contratante e contratada **poderão** estabelecer, **se assim entenderem**, que os empregados da contratada farão jus a **salário equivalente ao pago aos empregados da contratante**, além de outros direitos não previstos neste artigo, e nos contratos que provocarem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta **poderá disponibilizar** aos empregados da contratada os serviços de **alimentação e atendimento ambulatorial** em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes, respectivamente; a fragilização do trabalhador por ser submetido a essas discriminações e desigualdades, gerando insatisfação e a conseqüente diminuição da autoestima, autoconfiança e importância do seu valor enquanto indivíduo laboral; e a fragilização dos Direitos Trabalhistas com a flexibilização e enfraquecimento da Justiça do Trabalho em função das novas normas editadas.

Isso exposto, fica evidente que o funcionário terceirizado não possui as mesmas garantias e direitos que os demais funcionários da contratada, inclusive com relação a isonomia de remuneração, ainda que realizem as mesmas funções. Em decisão monocrática o Ministro Gilmar Mendes, na Reclamação nº 36.952 – Pará, fundamentando-se em precedentes do STF que validam a terceirização na atividade-fim, cassou o acórdão do TRT da 8ª Região que aplicava o princípio da isonomia para garantir aos funcionários terceirizados os mesmos direitos daqueles empregados contratados para mesma função ante o tomador de serviços, afastando a incidência do art. 25, §1º, da Lei nº 8.987/1995, determinando que outro seja proferido nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa possuía o propósito de fazer uma análise sobre os impactos das normas da terceirização e da reforma trabalhista, incluindo o âmbito da Administração Pública, promovendo um olhar sobre a vulnerabilidade dos funcionários terceirizados. Como resultado dessa análise ficou demonstrado, a partir de dados oficiais do CNJ, DIEESE e TST a queda de 35,86 % de casos novos na Justiça do Trabalho em 2018, **um declínio de 2.097.000 (dois milhões, noventa e sete mil) processos, comparado com dados de 2016 e 2017.**

Em relação especificamente à Administração Pública direta e indireta federal, foi demonstrado graficamente a diminuição dos casos em que a Administração Pública figura como demandada:

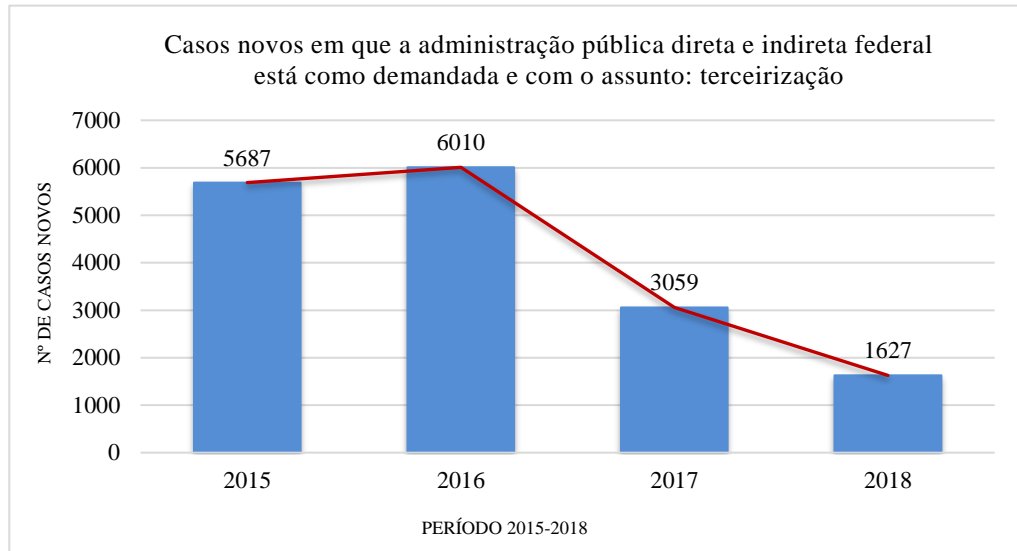


Figura 6: Número de casos novos no período de 2015 a 2018, em que a administração pública direta e indireta federal está como demandada.

Fonte: Elaborado pelo autor a partir da análise dos dados coletados no Serviço de Informação ao Cidadão - TST/CSJT.

Barros (2016, p. 296), faz um delineamento histórico, sobre a época da tramitação da Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74), e insere o pronunciamento de dois agentes políticos. O primeiro, Deputado Célio Marques, assim se pronunciou

Lutamos e continuaremos lutando dentro desta Casa contra os que exploram o trabalhador com a venda de mão de obra. É o caso dos motoristas de uma empresa, que prestam serviço a esta Câmara. São altamente explorados, já que a Câmara paga muito dinheiro à firma locadora de serviços e eles quase nada recebem, conforme a relação de despesa a mim fornecida. Pelos dados de que disponho, verifica-se enorme abatimento, pois de 975 cruzeiros ficam com eles pouco mais de 400 cruzeiros (Diário do Congresso Nacional de 13.11.73, p. 8.684/5).

O segundo, Senador Néelson Carneiro, salientou que

Se não tomarmos cautela, uma Lei dessa natureza pode eliminar toda a legislação social brasileira, porque, daqui para diante, se esta Lei contiver saídas, aberturas, nenhuma empresa vai contratar mais empregados para não ter os ônus que a legislação do trabalho impõe ao empregador; vai utilizar esse tipo de contrato que, do ponto de vista jurídico, merece um exame (Diário do Congresso Nacional de 5.12.73, f. 5.870)

Com efeito a Lei de Terceirização e a da Reforma Trabalhista, modificando a Lei sobre o trabalho temporário, não trouxe benefícios aos trabalhadores. Os discursos prolatados há 45 anos (1974), são, em 2019, bastante atuais. No artigo: A reforma trabalhista e o trabalho no campo, publicado pelo Instituto de Economia Aplicado – IPEA, os autores afirmam que

A terceirização, nesse contexto, aparece como uma estratégia de gestão da força de trabalho cujo objetivo é, na prática, flexibilizar o limite à exploração do trabalho, fixado pelas regras do assalariamento formal. O tomador do serviço terceirizado segue mantendo seu controle sobre a atividade desempenhada pelo trabalhador, mas **se desresponsabiliza relativamente do cumprimento daquelas regras. Isto é, por si só, um fator de precarização do trabalho,** que se soma ainda às **dificuldades que a terceirização cria quanto ao acesso à justiça.** (IPEA, 2017, p. 101). (grifo nosso).

A pesquisa, utilizando dados atualizados, demonstrou através das análises dos relatórios do CNJ e das informações do TST, o decréscimo das ações judiciais após a Reforma Trabalhista, tanto no âmbito privado quanto no público, estes resultados atestam apenas um, dos numerosos pontos de distanciamento da Reforma Trabalhista relativamente aos preceitos principiológicos e de proteção do trabalho e do trabalhador consignado na Constituição Republicana de 1988, na Declaração dos Direitos Humanos e das orientações da Organização Internacional do Trabalho, e corrobora o entendimento de nocividade da norma reformadora, registrado pelo relatório do CNJ, do IPEA, do DIEESE e dos doutrinadores citados nesta pesquisa.

A remuneração das atividades tipicamente terceirizadas, é inferior à praticada nas tipicamente contratantes a diferença de remuneração é entre 23% a 27% em média, segundo estudo do IPEA (2018, p. 16), com base em dados do DIEESE, apresentado em 2018. Ainda nesse estudo, os autores expressam que

As condições de trabalho dos terceirizados são marcadas por menores salários, menor tempo de emprego, maiores jornadas, maior rotatividade e maiores índices de acidentalidade e de adoecimentos ocasionados pela ocupação. Além das desvantagens nas condições de trabalho e salários, os trabalhadores terceirizados ficam frequentemente desprotegidos no encerramento dos contratos, principalmente nos setores de vigilância e asseio e conservação, nos quais a falta de pagamento é constante, pois as empresas encerram as atividades e os trabalhadores não recebem as verbas rescisórias a que têm direito. (IPEA, 2018, p. 34).

Na relação jurídica terceirizante os direitos não são garantidos pelo contratante, para quem o trabalhador realmente labora, mas por uma empresa contratada. Desse modo, é estabelecida uma relação trilateral com o trabalhador. Delgado (2019, p. 540) explica essa relação trilateral, que para ele é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral,

Delgado (2019, p. 541) considera que a terceirização rebaixa o patamar de retribuição material do trabalhador em comparação com o colega contratado diretamente pelo tomador de serviços. E que esse rebaixamento não envolve apenas o montante remuneratório percebido, como também o conjunto de vantagens e proteções tradicionalmente conferidas pelo

tomador de serviços aos seus empregados diretos. Concluindo que trata-se de ardilosa fórmula de desorganização coletiva do segmento profissional e social dos trabalhadores, por exaurir o conceito de categoria profissional, rompendo com a linha histórica de conquistas trabalhistas que inúmeras categorias ostentam ao longo do tempo.

Atualmente a Administração Pública não responderá subsidiariamente pelo inadimplemento da empresa intermediadora de mão de obra, somente se ficar comprovado pelo reclamante, que houve *culpa in vigilando* por parte do Estado. Ou seja, o elo mais fraco nessa relação jurídica, pode ter trabalhado, todos os dias devidos, para o Estado sem receber as verbas trabalhistas inadimplidas pela contratada.

Contudo, Barros (2016, p. 301), explica que toda a atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade de reparação, de restabelecimento do equilíbrio violado, que é o fato gerador da responsabilidade civil, sua função é de servir como sanção civil, de natureza compensatória. Essa sanção funda-se na culpa (responsabilidade subjetiva) e também no risco (responsabilidade objetiva), “representando essa última uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização”. O risco traduz uma objetivação da responsabilidade, garantida com o fim de assegurar uma proteção jurídica à pessoa humana, “em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material e todo dano deve ter um responsável.

A doutrinadora continua expondo que não se pode falar em dever exaurir, primeiro, a execução contra os sócios da devedora principal (chamada responsabilidade subsidiária em terceiro grau), porque esse entendimento equivale a transferir para o empregado hipossuficiente ou para o próprio Juízo da execução trabalhista o pesado encargo de localizar o endereço e os bens particulares passíveis de execução

É mais compatível com a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e com consequente exigência de celeridade em sua satisfação, segundo a autora, o entendimento de que, não sendo possível a penhora de bens suficientes e desimpedidos da pessoa jurídica empregadora, deverá o tomador dos serviços, como responsável subsidiário, sofrer logo em seguida a execução trabalhista, cabendo-lhe postular posteriormente na Justiça Comum o correspondente ressarcimento por parte dos sócios da pessoa jurídica que, afinal, ele mesmo contratou.

Tal intelecção, poderia ser ampliado ao Estado quando se beneficia do trabalho terceirizado, pois assim teríamos a correta aplicação dos clássicos objetivos tutelares e

redistributivos que sempre caracterizaram a justiça no Direito do Trabalho, nas palavras de Delgado (2019, p. 587), a ideia de *Estado irresponsável* é uma das mais antigas e ultrapassadas concepções existentes na vida política, social e cultural, não tendo qualquer mínima correspondência com o conceito e a realidade normativos de Estado Democrático de Direito.

Essa avocação - de quitar a dívida com o trabalhador - pelo Estado, o qual possui de fato condições superiores para buscar os créditos trabalhistas em débito, fincaria a valorização do trabalho e da pessoa humana, asseguraria a todos os terceirizados uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, da dignidade da pessoa humana, especialmente do emprego, da busca de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, da busca da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não se trata de responsabilizar a Administração Pública pura e simplesmente por ter usufruído do trabalho terceirizado e sim propor ou explorar mecanismos e métodos jurídicos-contratuais que possibilitem, mesmo sem a responsabilidade subsidiária, garantir a quitação das verbas trabalhistas daqueles que de fato laboraram em favor do Estado. Tal como a retenção de valores da empresa terceirizada em conta-depósito, mas calculados de modo que sejam suficientes para quitar, integralmente, as possíveis obrigações inadimplidas entre outras formas exequíveis para levar justiça a essa parcela de trabalhadores.

No decorrer desta pesquisa, procurou-se demonstrar que, a despeito da Constituição Republicana, da Declaração dos Direitos Humanos e das orientações da Organização Internacional do Trabalho, entre outras normas, manifestarem de forma explícita a importância e o dever de igualdade e dignidade nas relações humanas sociais e individuais, a reforma trabalhista brasileira, como revelado não segue as linhas exaradas nesses diplomas, com efeito, destaca-se que tais impactos podem se dar de maneira impiedosa em muitos casos. Todavia, George Orwell (2007, p. 106), em 1945, nos ensinava que “*todos os bichos são iguais, mas alguns bichos são mais iguais que outros*”.

6. REFERÊNCIAS

- ALVES, Giovanni. **Terceirização: o futuro do trabalho no Brasil**. Trab. educ. saúde v.15. n.2. Rio de Janeiro Mai/Ago. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462017000200337&lang=pt. Acesso em 12 jun. 2019.
- ARGENTINA, **Ley de Contrato de Trabajo** (1976 – Alteração:2016). Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-20744-25552/actualizacion>. Acesso em: 06 out. 2019.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- BENSUSÁN, Graciela. **Reforma laboral, desarrollo incluyente e igualdad en México**. Serie Estudios y perspectivas. n. 143. ONU, 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 mai. 2019.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 200** - Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: Acesso em 14 jun. 2019.
- BRASIL. **Decreto-Lei. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 03 mai. 2019.
- BRASIL. **Lei. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 01 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei. 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei n o 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm. Acesso em: 15 mai. 2019.
- BRASIL. **Lei. 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 03 mai. 2019.
- BRASIL. **Lei. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm. Acesso em: 03 mai. 2019.

BRASIL. **Lei. 8.949, de 9 de dezembro de 1994**. Acrescenta parágrafo ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8949.htm. Acesso em: 15 mai. 2019.

BRASIL. MPDG. **Instrução normativa nº 5, de 26 de maio de 2017**. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>. Acesso em: 23 out. 2019.

BRASIL. **Plano diretor da reforma do aparelho do estado (1995)**. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADC 16. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em: 16 mai. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADC nº 26. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750738476>. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 324. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 16 mai. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 760931. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 958.252. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>. Acesso em 11 set. 2019.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Orientação jurisprudencial nº 297. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_281.htm#TEMA297. Acesso em 14 nov. 2019.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Orientação jurisprudencial nº 383. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html. Acesso em 14 nov. 2019.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Orientação jurisprudencial nº 297. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_281.htm. Acesso em 14 nov. 2019.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-10733-42.2015.5.03.0179. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=46259&anoInt=2018>. Acesso em 14 nov. 2019.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula 256. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256. Acesso em: 16 mai. 2019.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula 331. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 16 mai. 2019.

BRASIL. TRT. **Revista Eletrônica TRT 9ª Região**. V.6. Nº 59. Mai.2017. https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/35864/mod_resource/content/1/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20%28MAI%202017%20-%20n%C2%BA%2059%20-%20Rerum%20Novarum%29.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019.

CASSAR. Vólia Bomfim. **A Reforma trabalhista e a autonomia da vontade do empregado**. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27640581_A_REFORMA_TRABALHISTA_E_A_AUTONOMIA_DA_VONTADE_DO_EMPREGADO.aspx. Acesso em: 09 nov. 2019.

CASSAR. Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração geral e pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

COSTA, Márcia da Silva. **Terceirização no brasil**: velhos dilemas e a necessidade de uma ordem mais includente. Cad. EBAPE.BR, v. 14, n. 2, Artigo 10. Rio de Janeiro, Abr./Jun. 2016. Cad. EBAPE.BR, v. 15, n. 1, Artigo 7, Rio de Janeiro, Jan./Mar. 20. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cebape/v15n1/1679-3951-cebape-15-01-00115.pdf>. Acesso em 14 jun. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIEESE. **Nota técnica**: a reforma trabalhista e os impactos para as relações de trabalho no brasil. n 178, maio de 2017. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec178reformaTrabalhista.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

IPEA. **Boletim mercado de trabalho: conjuntura e análise**. n. 63. out. 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/171024_bmt_63.pdf. Acesso em: 15 nov. 2019.

IPEA. **Terceirização do trabalho no brasil: novas e distintas perspectivas para o debate**. 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180215_terceirizacao_do_trabalho_no_brasil_novas_e_distintas_perspectivas_para_o_debate.pdf. Acesso em: 15 nov. 2019.

JORGE NETO. Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. **O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro**: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. Rev. Investig. Const. v.4. n.1. Curitiba. Jan./Abr. 2017. Epub. 15 abr, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392017000100109&lang=pt. Acesso em 10 jun. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEXICO, **Ley Federal del Trabajo** (1970 – Alteração:2015). Disponível em: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Trabajo.pdf. Acesso em 04 out. 2019.

MEXICO, **Ley Federal del Trabajo** (1970 – Alteração:2019). Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_020719.pdf. Acesso em 31 out. 2019.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/administrar/>. Acesso em: 31 out. 2019.

MOSSI, Thays Wolfarth. **Lutas trabalhistas como lutas minoritárias: a questão da dignidade do trabalhador terceirizado.** Sociologias. v. 21. n. 50. Porto Alegre Jan./Abr. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222019000100236&lang=pt. Acesso em 12 jun. 2019.

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 11 nov. 2019.

OAB. **Nota técnica MP nº 905/2019.** Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2019/11/368c2edc-00d0-496f-a15c-33406b297a3b.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos: um conto de fadas.** Tradução: Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução de Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SILVA, Alan Elias. **As implicações da terceirização na administração pública brasileira.** Revista Conbrad. v. 2. n.1. 2017. Disponível em: <http://www.revistaconbrad.com.br/editorial/index.php/conbrad/article/view/56>. Acesso em: 15 jun. 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Vamos falar séria e honestamente sobre a reforma trabalhista?** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reforma-trabalhista/documentos/audiencias-publicas/prof-jorge-luiz-souto-maior>. Acesso em: 15 nov. 2019.

TAYLOR, Timothy. **In Defense of Outsourcing.** Disponível em: <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/cato-journal/2005/5/cj25n2-12.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.

TINOCO, Carlos S. Q.; LUGO, Salvador Rodríguez. **La reforma laboral, la precarización del trabajo y el principio de estabilidad en el empleo.** Revista Latinoamericana de Derecho Social. n. 21, julio-diciembre de 2015, p. 179-201. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9768/11796>. Acesso em: 20 nov. 2019.