XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA

MARIA AUREA BARONI CECATO

MIRTA GLADYS LERENA MANZO DE MISAILIDIS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito do trabalho e seguridade social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Mirta Gladys Lerena Manzo De Misailidis, Maria Aurea Baroni Cecato– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-037-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Trabalho. 3. Seguridade. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

Apresentação

GRUPO DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

Editorial

A presente publicação é concebida como fonte de debates sobre os conteúdos das políticas e normas adotadas pelo ordenamento do trabalho e da seguridade social. Sem deixar de reconhecer o perigo de pretender petrificar o conhecimento, consideramos necessário e útil contar com uma coletânea que contenha e sintetize os aspectos principais da evolução histórica, das reflexões filosóficas e jurídicas que vem sendo abordadas por diferentes gerações na procura de uma organização social e política que permita assegurar a todos as condições de alcance do bem-estar e da dignidade.

É esse o sentido que se pretende ressaltar, assinalando que Direito não é um fim em si próprio, mas um mero instrumento elaborado pelo homem para a vida em sociedade, instrumento esse que deve ter um único objetivo: lograr o melhor desenvolvimento de todos e cada um dos seres humanos, tornando-se realidade o princípio da igualdade com liberdade num mundo mais solidário.

Por outro ângulo, vale o registro de que somos cientes de que o direito do trabalho e a seguridade social, assentados, ambos, nos direitos sociais, são fortemente impactados por questões ideológicas e políticas, suscitando controvérsias sobre temas de calorosas discussões. Portanto, buscamos trabalhar no sentido de transformar o encontro dos pesquisadores da área em oportunidade de intercâmbio acadêmico, de difusão das doutrinas em voga, de correntes jurisprudenciais e de conhecimento das experiências forenses dos diferentes grupos de pesquisadores.

Esperamos que esta coletânea resulte em acessível leitura, pois trata de temas que podem ser de interesse geral, não só para os estudiosos do Direito do Trabalho e da Seguridade da Social, mas também para outros profissionais ou atividades vinculadas à defesa dos direitos dos trabalhadores. Nesse propósito, ela foi dividida cinco eixos temáticos, a saber: I - Intervenção estatal nas relações individuais do trabalho: II - Proteção à dignidade humana e novas pautas hermenêuticas no contexto do constitucionalismo contemporâneo; III - Proteção à integridade física e mental da saúde do trabalhador no meio ambiente laboral; IV -

Impactos da Globalização: terceirização e flexibilização e o futuro das normas internacionais e finalmente V - Seguridade e Previdência social.

I - INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DO TRABALHO

Em atenção à intervenção do Estado nas Relações de Trabalho, não é recente a dialética entre os modelos negociado e legislado, expressões utilizadas pelo saudoso Amauri Mascaro Nascimento. Tendo em vista a matriz romano-germânica, o ordenamento jurídico brasileiro optou por adotar uma normatização detalhada das relações de trabalho (modelo legislado) no fito de estabelecer a proteção social do hipossuficiente, através do estabelecimento de direitos mínimos, que servem de patamar civilizatório para a negociação coletiva, que tem o papel suplementar de estabelecer normas autônomas provindas dos interlocutores sociais representantes dos empregados e empregadores. Nesse eixo:

O artigo intitulado A CRFB/88 E O PROBLEMA DA DURAÇÃO DO TRABALHO EM TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO: IDENTIFICANDO AS CONTRADIÇÕES POLÍTICO-JURÍDICAS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO SISTEMA BRASILEIRO DE RELAÇÕES DE TRABALHO é de autoria de Luiz Felipe Monsores de Assumpção. Nele, o autor informa que no Brasil, a análise da produção regulatória e jurisprudencial, no que concerne à temática do trabalho em turnos ininterruptos de revezamento dá conta de um processo de flexibilização das antigas referências principiológicas e normativas, inclusive aquelas positivadas na própria CLT.

Em DIÁLOGO DAS FONTES: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL PREVISTO NO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL NOS CONTRATOS DE TRABALHO, Jackson Passos Santos e Clarice Moraes Reis observam as concepções acerca do princípio da solidariedade social como fundamental para a garantia do Estado Democrático de Direito e seus reflexos na ordem infraconstitucional. Ao mesmo tempo, discorrem sobre o conceito de função social do contrato previsto no artigo 421 do Código Civil de 2002 e consideram, nesse contexto, os princípios da conservação dos contratos e da autonomia privada.

OS LIMITES JURÍDICOS FIXADOS PELA LEI COMPLEMENTAR 103 DE 2000 PARA A INSTITUIÇÃO DO PISO SALARIAL ESTADUAL é o texto desenvolvido por Tacianny Mayara Silva Machado e Bruno Martins Torchia. Nele, os autores analisam os limites jurídicos do piso salarial estadual fixado em alguns Estados, em decorrência da outorga legislativa conferida pela Lei Complementar 103, de 14 de julho de 2000 e previsão no artigo 7º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

II - PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA E NOVAS PAUTAS HERMENÊUTICAS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Em um viés consagrador de valores éticos da sociedade, a Constituição brasileira de 1988 elevou o princípio da dignidade da pessoa humana à posição de fundamento da República Federativa do Brasil, sendo considerado, por grande parte da doutrina, como um supra princípio. Dessa forma, não fez outra coisa senão considerar que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Assim, toda ação do Estado e da sociedade deve se pautar na pessoa como um fim em si mesmo, em uma perspectiva kantiana, sob pena de ser considerada inconstitucional. Esse é o eixo em que se acham:

Abordando OS FUNDAMENTOS TRADICIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO: NOVAS PAUTAS HERMENÊUTICAS E TEÓRICO-FILOSÓFICAS PARA SUA RECONFIGURAÇÃO, NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO, Juliana Teixeira Esteves e Fernanda Barreto Lira, descrevem como a teoria jurídico-trabalhista crítica problematiza e refuta o trabalho contraditoriamente livre /subordinado como objeto do direito do trabalho e a maneira como a luta reformista monopolizou os movimentos sindicais contemporâneos. Elas têm como ponto de partida as pautas hermenêuticas e os fundamentos teórico-filosóficos propostos pelo professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade no grupo de pesquisas Direito do Trabalho e teoria social crítica do PPGD/UFPE.

No texto PROFESSORES READAPTADOS: A BUSCA PELA IDENTIDADE, com o objetivo de investigar juridicamente os problemas vivenciados pelos professores que enfrentam a readaptação, Daniel Roxo de Paula Chiesse e Mariana Carolina Lemes analisam os direitos e situações cotidianas dessa parcela do professorado. A questão reveste-se de interesse, uma vez que a educação é reconhecida como meio de constituição da pessoa capaz, emancipada, confrontando-se o direito à educação com a própria noção de dignidade da pessoa humana.

SUPEREXPLORAÇÃO, NEOLIBERALISMO E DIREITO DO TRABALHO NA AMÉRICA LATINA: A DIVISÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NOS PAÍSES DEPENDENTES é o estudo empreendido por Naiara Andreoli Bittencourt. A autora utiliza, como categoria central de análise, a superexploração do trabalho a partir da localização geopolítica latino-americana no sistema-mundo e sua atualização com os impactos das novas morfologias do mundo do trabalho no cenário neoliberal contemporâneo, em que predominam os postos de trabalho precarizados, informais, subcontratados, mal-remunerados e subalternizados.

Abordando O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE APLICADO À RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO NAS ATIVIDADES NÃO LUCRATIVAS, Dirceu Galdino Barbosa Duarte e Talissa Estefania Tomaz Tomiyoshi, considerando a aplicação do princípio da primazia da realidade nas relações trabalhistas, tratam do conflito nascido entre o conceito de empregado doméstico trazido pelo art. 7º, a, da CLT e o apresentado pelo art. 1º da Lei nº 5.859/72 que divide a doutrina e a jurisprudência quanto à atuação desse tipo de empregado nas atividades econômicas não lucrativas.

José Washington Nascimento de Souza aborda o CRÉDITO TRABALHISTA: PRESCRIÇÃO E ATUALIZAÇÃO FERINDO A DIGNIDADE DO TRABALHADOR, têm em conta que a Constituição da República Federativa do Brasil inclui, entre os direitos sociais, a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar e, ao mesmo tempo, consideram que, em não havendo lei complementar regulando a matéria, o empregador encontra-se liberado de obrigação de pagamento de qualquer indenização compensatória pela dispensa arbitrária ou sem justa-causa.

PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR NA FASE "PÓS-CONTRATUAL" DE EMPREGO é o estudo sobre o qual se debruça Christine De Sousa Veviani. O referido estudo converge para a aplicação da extensão da proteção da dignidade da pessoa do empregado na fase pós-contratual, sugerindo a condenação do contratante em indenização por dano extrapatrimonial em razão do mero atraso na disponibilização do quantum rescisório. O objetivo da proposta é de estabelecer medida preventiva, educativa e punitiva contra ilegalidades, em um momento de aparente liberdade, que, ao revés, contempla abusos de poder.

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva e Emerson Albuquerque Resende examinam O DIREITO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES AO MODELO BRASILEIRO. No referido estudo, considerando Os Estados Unidos da América como berço das ações afirmativas e detentores de complexo sistema jurídico de inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, as autores destacam dispositivos legais, decisões da Suprema Corte, doutrina e dados estatísticos do aludido país, informando o processo inclusivo ali construído. O trabalho é resultado de uma pesquisa exploratória em fontes bibliográficas e documentais.

Adaumirton Dias Lourenço e Maria Aurea Baroni Cecato são os autores do texto intitulado PROTEÇÃO DOS CRÉDITOS LABORAIS: DISTINÇÕES RELEVANTES ENTRE OS PRINCÍPIOS DA DESPERSONALIZAÇÃO DO EMPREGADOR E DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO EMPREGADOR. Nessa

abordagem, os autores referidos consideram as naturezas jurídicas distintas dos dois princípios mencionados no título, além de outras diversidades entre eles existentes, malgrado as pretensões semelhantes de ambos. Têm como objetivo propor melhor adequação dos aludidos princípios para efeitos de aplicação dos mesmos, de grande relevância na proteção da dignidade do trabalhador.

III - PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL DA SAÚDE DO TRABALHADOR NO MEIO AMBIENTE LABORAL

Foi concebido um foco especial para o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, de terceira dimensão, diante do constante desrespeito, nas relações de trabalho, de ordem pública e privada, revelado pelo alto índice de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais de natureza física e emocional, de sorte a merecer um tratamento especial, máxime em vista dos princípios da prevenção e precaução, salvaguardando as futuras gerações. Encontram-se nesse eixo:

No artigo ADICIONAL NOTURNO E SAÚDE: UMA TESE PELA DIGNIDADE NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO, Sérgio Saes e Leda Maria Messias da Silva demonstram que o labor noturno deve ser considerado um serviço extraordinário, posto que representa ônus excessivo ao obreiro, trazendo, conseqüências no contexto familiar, no convívio social, no psicológico, na saúde e, por fim, porque impacta diretamente na produção.

Em O DIREITO A UM MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SALUBRE EM JUÍZO: O CASO SHELL-BASF, Humberto Lima de Lucena Filho e Marcílio Toscano Franca Filho cuidam de analisar os detalhes de um dos casos mais paradigmáticos julgados pela Justiça do Trabalho em matéria de direito ambiental do trabalho. O texto aborda cuidadosamente os fatos e a tramitação processual da ação judicial que tem como objeto os danos ambientais, sociais e coletivos do referido caso.

Maria Aparecida Alkimin apresenta UMA ANÁLISE DO ASSÉDIO MORAL À LUZ DA TIPIFICAÇÃO PENAL E AS VICISSITUDES RELACIONADAS À COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, onde o objetivo é partir da conceituação originária do fenômeno assédio moral, que remonta às pesquisas de campo com trabalhadores e estudos realizados na área da psicologia do trabalho, para inseri-lo no campo da ciência do Direito, estabelecendo os elementos caracterizadores do assédio moral para fins de enquadramento jurídico-legal e consequente busca da tutela jurídica, inclusive na órbita penal.

ASSÉDIO MORAL ASCENDENTE é texto de autoria de André Gonçalves Zipperer. Partindo de casos práticos, o autor analisa a figura do assédio moral no ambiente de trabalho, na sua modalidade ascendente, ou seja, aquele que parte de uma ou várias pessoas em condição de controle, subordinado uma pessoa em condição hierárquica superior.

Em A PRÁTICA DO MOBBING SOB A PERSPECTIVA DO AVILTAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, Nivea Corcino Locatelli Braga analisa o mobbing e seus infaustos efeitos no ambiente laboral, nomeadamente no tocante à vileza ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

DANO MORAL AMBIENTAL COLETIVO CAUSADO NO ÂMBITO DO AMBIENTE DO TRABALHO é a denominação atribuída ao artigo de autoria de Celciane Malcher Pinto e Idelcleide Rodrigues Lima Cordeiro. As autoras buscam explanar o entendimento doutrinário e jurisprudencial do meio ambiente do trabalho, bem como aquele referente à modalidade de dano moral, dando conta de que existem decisões que reconhecem a ocorrência do dano referido em respeito ao princípio da reparação integral dos danos causados ao meio ambiente.

Mariana Gonçalves Gomes e Mirta Gladys Lerena Manzo De Misailidis abordam OS ASPECTOS E DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ALÉM DOS MUROS DA EMPRESA, objetivando tratar da proteção à saúde e integridade do trabalhador sob a perspectiva do meio ambiente do trabalho, não somente compreendido como o habitat laboral onde o ser humano trabalhador passa a maior parte de sua vida produtiva, mas também como o ambiente no qual a empresa tem o dever de assegurar a saúde dos seus trabalhadores através da adoção de medidas adequadas de segurança e proteção.

O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO E O ESTRABISMO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE é o texto de autoria de Rodrigo Guilherme Tomaz e Zaiden Geraige Neto. Nele os autores consideram a saúde do trabalhador intrinsecamente ligada ao ambiente laboral. O estrabismo aludido no título refere-se ao fato de que o empregado, ao se reconhecer como titular de um adicional de insalubridade ou periculosidade, alimenta a falsa sensação de ter sua saúde protegida, imagina, em vão, tê-la juridicamente tutelada.

Sob o título A MODERNIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PARA ADEQUAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO ÀS NECESSIDADES CONTEMPORÂNEAS, Fernanda Mesquita Serva e Marcela Andresa Semeghini Pereira, tratam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em especial aquele do trabalho, concluindo que, para a manutenção da ordem econômica e do trabalho digno, deve-

se considerar o Tripé da Sustentabilidade que destaca a interdependência de elementos econômicos, sociais e ambientais.

IV - IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO: TERCEIRIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO E O FUTURO DAS NORMAS INTERNACIONAIS

A globalização, econômica em sua base, mas, por conseqüência, também social, política e cultural, produz nítidos impactos na vida em sociedade e, naturalmente, também no mundo jurídico. Tais reflexos se fazem, igualmente, e por óbvio, na seara dos direitos sociais. No âmbito destes, provavelmente de forma mais acentuada, são produzidos nas relações laborais. Dos impactos aludidos, conquanto não devam ser desconsiderados os de cunho positivo, devem ser destacados aqueles que se revelam como constritores de direitos e, nada infrequentemente, como redutores de condições de dignidade. Pode-se registrar, nesse quadrante, desde a retração do Estado diante do agigantamento do poder das grandes corporações, o que reduz a promoção e defesa de direitos sociais, até as repercussões na reorganização das empresas que visam às condições de competitividade no mercado. Os direitos sociais arrolados no artigo 6º da Constituição Federal são, todavia, direitos fundamentais e devem ser preservados. Com efeito, fazem parte dos direitos firmados em princípios que convergem para o princípio nuclear da Constituição Federal, qual seja, o da dignidade humana. Nesse eixo:

Ailsi Costa De Oliveira e Ivan Simões Garcia abordam A TERCEIRIZAÇÃO E O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NOS CASOS DE INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES LABORAIS, enfatizando o problema da responsabilidade entre empresas, mormente quando do inadimplemento das obrigações laborais e, notadamente, o caráter essencialmente precarizador da terceirização.

O estudo de Mariana Mara Moreira e Silva e Guilherme Tavares Fontes Mol, denominado TERCEIRIZAÇÃO: A RELAÇÃO TRILATERAL, considera que o surgimento da terceirização está alinhado à busca, pelas empresas, de maior competitividade, lucro, eficiência e redução de custos, os quais são essenciais para sobrevivência da atividade empresarial no mundo globalizado.

A FLEXIBILIZAÇÃO POSITIVA: UMA FORMA DE TUTELAR E PROMOVER A DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR é o texto de Maria Cecília Máximo Teodoro e Carla Cirino Valadão, onde os autores abordam a chamada flexibilização positiva, considerando que a flexibilização deve ser encarada como forma de ampliação de direitos e de promoção da dignidade da pessoa humana.

O artigo de Rodrigo Lychowski trata de BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e tem em conta o fenômeno em duas entidades públicas, uma federal e a outra estadual, objetivando a análise da terceirização na seara pública, não apenas sob o ângulo teórico, mas também empírico. O texto tem, ainda, o intuito de considerar a convivência entre os servidores públicos e os trabalhadores terceirizados, dentre outras questões pertinentes ao fenômeno da terceirização.

Kátia Cristine Oliveira Teles desenvolve o tema DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, CIDADANIA E TRABALHO: CONSEQUÊNCIAS DE UM PAÍS GLOBALIZADO, analisando o impacto da globalização no desenvolvimento social, principalmente no que tange ao acesso ao trabalho e à cidadania. Aborda, no plano geral, o direito ao desenvolvimento para depois traçar os aspectos principais de proteção ao trabalhador e os efeitos da globalização no mercado de trabalho.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA FRENTE AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL é o tema sobre o qual Antonio Gomes de Vasconcelos e Gabriela de Campos Sena realizam um estudo crítico e exploratório da flexibilização trabalhista com o intuito de demonstrar a incompatibilidade do referido instituto com as bases principiológicas traçadas pela Constituição. Demonstram, através desse estudo, que o desenvolvimento da economia deve estar necessariamente atrelado aos postulados da boa-fé e da justiça social, conforme o disposto no artigo 170 da Carta Maior.

Flávio Filgueiras Nunes e Laira Carone Rachid Domith desenvolvem um estudo sobre FLEXIBILIZAÇÃO, INTENSIFICAÇÃO E PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS COMO FATO GERADOR DO AFROUXAMENTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES, com o objetivo é demonstrar que os efeitos deletérios da flexibilização e da intensificação laboral podem prejudicar de forma irreversível não apenas o trabalhador, mas todos que compõem o núcleo familiar no qual está inserido.

O IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO SOBRE A OIT E O FUTURO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO é o tema abraçado por José Soares Filho e Lucas Barbalho de Lima. Nele, a Organização Internacional do Trabalho que, nas últimas décadas, em decorrência da globalização, deixou de ocupar um papel protagonista na produção das fontes formais, é analisada sob a perspectiva do seu futuro.

Sob o título GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA: A IMIGRAÇÃO DE TRABALHADORES E AS CONVENÇÕES nºs 19, 97 e 143 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT), Ednelson Luiz Martins Minatti e Amanda

Tirapelli desenvolvem um estudo que se volta para a atuação da Organização Internacional do Trabalho no desenvolvimento das normas internacionais. Nesse âmbito, consideram, notadamente, a preocupação da Organização no sentido de evitar a concorrência desleal que grupos empresariais passam a desenvolver na busca da efetivação do lucro.

V - SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Seguridade Social é assente em princípios dos quais destaca-se a universalidade, posto que garantidora da extensão de sua não limitação a categorias determinadas. É sobre essa base democrática que foram perfilhados objetivos para os quais se volta um sistema composto por ações integradas dos Poderes Púbicos e da sociedade constituindo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, conforme determinam os artigos 194 e seguintes da Constituição Federal. Este é o eixo em que se apresentam:

O estudo de Pedro Miron de Vasconcelos Dias Neto e Andre Studart Leitao, PROTEÇÃO SOCIAL, PLANEJAMENTO E COERÊNCIA: O EFEITO SANFONA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 664/2014 versa sobre a importância de um planejamento cauteloso na instituição de um modelo seguro e sustentável de proteção social, de modo a prevenir retrações e descartes sociais inesperados que eventualmente podem caracterizar retrocesso social, mormente quando se observarem práticas estatais desalinhadas do propósito de economizar e reequilibrar as contas públicas.

A SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA E A POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO PARA AS PESSOAS QUE NECESSITAM DE AUXÍLIO PERMANENTE DE UM TERCEIRO é o texto elaborado por Zélia Luiza Pierdoná e Carlos Gustavo Moimaz Marques. O trabalho aborda a dependência, caracterizada como a hipótese em que uma pessoa necessita da atenção e auxílio de uma terceira pessoa para realizar as atividades básicas da vida diária e apontada por organismos internacionais como objeto de proteção social. Vale-se do sistema de proteção espanhol, como exemplo e considera a inclusão da referida dependência, no sistema de proteção social brasileiro.

Maria Áurea Baroni Cecato

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT OUTSOURCING IN PUBLIC ADMINISTRATION

Rodrigo Lychowski

Resumo

O fenômeno da terceirização surgiu com a finalidade tanto de reduzir os encargos patronais, quanto o de diminuir o mínimo de garantias dos trabalhadores. Essa terceirização, não obstante ser utilizada em maior escala no âmbito das relações jurídicas laborais privadas, foi igualmente utilizada na Administração Pública, cujo marco legislativo foi o Decreto-Lei no. 200/67. Em razão da atuação em duas entidades públicas, uma federal e a outra estadual, e a fim de analisar a terceirização na seara pública não apenas sob o ângulo teórico, mas também empírico, um dos intuitos do presente trabalho foi o de tratar de temas vivenciados pelo autor, como por exemplo, a convivência entre os servidores públicos e os trabalhadores terceirizados, a reação e atitude dos servidores diante do inadimplemento dos direitos trabalhistas perpetrados pelas empresas privadas, bem como a atuação dos fiscais dos contratos administrativos. Por outro lado, pretendeu-se tecer uma análise critica do item V da súmula 331 do TST, fruto do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade no. 16/2010 pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Terceirização, Administração pública, Servidores públicos e trabalhadores terceirizados, Item v da súmula no. 331 do tst

Abstract/Resumen/Résumé

Outsourcing was created not only to reduce the amount of taxes paid by the employers but also to reduce the minimum of labor rights granted to the workers. Although it is more widely applied in private enterprises it can also be found in Public Administration, as legislated by Decree-Law no. 200/67. As I work in two public institutions, in one as a teacher at the State University of Rio de Janeiro and in the other as an attorney for the federal government, I have had the opportunity to witness in loco the practical side of outsourcing and not only its theoretical aspects. One of the aims of this paper is precisely to reflect on my personal experience in this field, as, for example, when I was able to closely observe the reaction of the public servants to the failure of private companies to comply with labor rights and the way in which controllers deal with administrative contracts. On the other hand, it is also intended to analyze critically item V of Precedent number 331 of the Higher Labor Court, which was based on the ruling of Declaratory action of Constitutionality n. 16/2010 by the Supreme Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Outsourcing, Public administration, Public servants and outsourced workers, Precedent n. 331, Item v of the higher labor court.

"Breves considerações sobre a terceirização no âmbito da Administração pública"

I – Introdução

A globalização econômica, objeto de estudo de juristas, sociólogos, economistas e especialistas das mais variadas Ciências, tem provocado diversos impactos, dos quais destacamos o enfraquecimento do Estado e do Direito, e uma profunda mutação nas relações de trabalho.

De fato, de um lado, o *Welfare State (*Estado do Bem Estar Social), que regulava e intervinha na questão social em defesa dos mais pobres e com o intuito de reduzir as gritantes desigualdades econômicas e sociais cada vez mais tem se retraído, sendo substituído por novos atores, como os oligopólios, formados pelas empresas multi e transnacionais, cuja ótica é a busca insaciavel pelo lucro, ao passo que, de outro lado, o Direito igualmente pouco a pouco vai perdendo a sua coerciblidade, o seu poder de impor regras e limites na sociedade.

Neste contexto um tanto sombrio, consoante ressalta Zygmunt Bauman (1999), o Direito do Trabalho, que surgiu para proteger o trabalhador hipossuficiente, também não escapou dos efeitos da globalização econômica, especificamente através da desregulamentação e da flexibilização.

Enquanto a flexibização do Direito Laboral corresponde à **redução** da proteção do trabalhador atráves de normas cogentes, de ordem pública, já na desregulamentação – a própria expressão parece-nos bastante elucidativa – a tutela legal de proteção ao obreiro hipossuficiente desaparece, e em ambos os fenômenos, as normas e condições de trabalho são estabelecidas em negociações coletivas.

Diante da realidade de que há um baixo grau de sindicalização dos operários no país, aliado ao pouco poder de barganha da maioria dos sindicatos de operários, o quadro não poderia ser outro: aumento da precarização das relações de trabalho[1].

Mas os fenômenos da desregulamentaçao e flexibilização não foram os únicos provocados pela globalização econômica.

Há um outro fenômeno, cuja existência era anterior à atual era da pós-modernidade, mas que foi drasticamente intensificado.

Trata-se da terceirização, que nas palavras de Wilson Alves Polônio (2000:97), é o

---

1 -É importante ressalvar que diversos autores, dentre eles, Sérgio Pinto Martin, Otávio Magano e José Pastore são defensores da desregulamentação e flexibilização do Direito do Trabalho.

“processo de gestão empresarial consistente na transferência para terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) **de serviços que originariamente seriam executados dentro da própria empresa”** (grifos nossos).

Utilizando-se de uma linguagem mais coloquial, na terceirização, aparece a figura do **terceiro,** que é estranho ao contrato de trabalho, porquanto os seus sujeitos **normais** são o empregado, cuja obrigação é a prestação da obrigação de fazer, e de outro lado, o empregador, que tem a obrigação de dar, ou seja pagar o salário e os demais direitos trabalhistas.Em outras palavras, no contrato de trabalho, por existirem dois sujeitos, a relação jurídica é **bilateral.**

Assim, uma **terceira** empresa (pessoa física ou jurídica) fornece os trabalhadores para laborarem para a empresa, denominada de empresa cliente ou tomadora de serviços, ao invés de tal empresa contratar diretamente seus empregados, arcando com todos os encargos trabalhistas, o que torna a relação jurídica **trilateral** (DELGADO,2007, p. 430)

A terceirização constitui um processo complexo, que envolve várias questões polêmicas, como por exemplo, a sua limitação à atividade-**meio**, ou, ao revés, a possibilidade de se terceirizar a atividade-**fim** da empresa principal; a existência ou não de responsabilidade da empresa tomadora, em caso de descumprimento do pagamento das verbas trabalhistas pela empresa fornecedora de mão de obra, e, em caso positivo, a natureza e extensão dessa responsabilidade**,** entre outras questões.

É evidente que seria impossível ter a pretensão de abordar no presente trabalho todas as questões e controvérsias que giram em torno da terceirização.

Dessa forma, intentamos no presente trabalho tratar da terceirização na seara da **Administração Pública**, através de uma abordagem crítica, tomando-se como ponto de partida a análie **téorica** de diversos autores, como Ricardo Antunes, Rodrigo Lacerda Carelli, Márcio Tulio Viana, Maurício Godinho Delgado, entre outros.

Por outro lado, em razão de nossa atuação profissional em duas entidades públicas, uma pertencente à esfera **federal,** e a outra, de natureza **estadual,** tornou-se possível conviver com a realidade da terceirização em tais órgãos públicos, nos quais laboram conjuntamente servidores públicos efetivos e trabalhadores terceirizados.

Assim, a nossa proposta é efetuar uma análise tanto teórica quanto pragmática da terceirização na Administração Pública, tratando de determinadas questões, como por exemplo as relações entre os servidores públicos e os terceirizados, o cumprimento ou descumprimento dos direitos trabalhistas dos terceirizados, a fiscalização, ou não, pelos servidores públicos investidos da função de **fiscal do** contrato administrativo firmado entre

a Administração Pública e a empresa licitante vencedora.

Por outro lado, pretendemos analisar, sob o viés crítico, a súmula no. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, sobretudo a sua nova redação, fruto da decisão recente do Supremo Tribunal Federal, verificando até que ponto a referida súmula contribuiu para agravar ainda mais a situação social dos trabalhadores terceirizados que laboram nas dependências dos órgãos públicos.

II – Noções preliminares da terceirização

a) Definição e objetivos

Se efetuarmos uma pesquisa em teses, dissertações, obras e artigos acadêmicos, perceberemos a enormidade de definições da terceirização, assim como a sua diversidade, que decorre evidentemente da concepção ideológica de cada um desses autores.

Optamos por escolher Maurício Godinho Delgado, em função de nossa afinidade com seu pensamento. Segundo ele, a terceirização é um fenômeno no qual "insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços juslaboristas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente" (DELGADO, 2007,p. 430)

Pode-se extrair da referida definição que a terceirização revoluciona a relação jurídica existente no contrato de trabalho, – cuja natureza é bilateral, formada entre empregado e empregador (consoante já foi exposto anteriormente-, porquanto se transforma, através da atuação da empresa fornecedora de mão de obra, numa relação jurídica trilateral.

Mas, por qual razão essa figura do terceiro surgiu na relação jurídica empregatícia?

O objetivo fundamental da terceirização é o de "otimizar o processo produtivo, acelerando a produção, eliminando estoques e reduzindo custos" (VIANA, 2011, p. 57).

É evidente, por um lado, que não há como negar que no contexto atual, marcado por profundas transformações econômicas, tecnológicas, e com a crise que tem atingido tanto o Estado quanto o Direito, tornou-se praticamente inevitável o surgimento da terceirização como novo instrumento para regular as relações de trabalho.

O problema, contudo, em nosso entendimento, é a **forma e a extensão** da terceirização no âmbito das relações jurídicas trabalhistas.

De fato, ao se observar para o contexto atual da regulamentação jurídica do trabalho no país e no mundo, percebe-se o vertiginoso e assustador crescimento da terceirização, não apenas no âmbito de diversas empresas privadas, mas igualmente na Administração Pública.

Criada como alternativa e modelo paralelo de contratação de trabalhadores regidos pelo contrato de trabalho, a terceirização tem ido muito além e cada vez mais **substitui o contrato de trabalho**, que surgiu com a intenção de proteção do trabalhador hipossuficiente, através da aplicação da justiça distributiva aristotélica/tomista, substituindo, consoante bem observou Délio Maranhão (1993:56), o contrato civil da locação de serviços.

Isso significa que inúmeras empresas, em vez de contratar diretamente empregados e com eles firmar contrato de trabalho – o que gera à empresa inúmeras obrigações trabalhistas, prescritas fundamentalmente na Constituição Federal de 1988 e na CLT -, a mesma terceiriza as suas atividades, utilizando-se de trabalhadores terceirizados.

Essa realidade fática relaciona-se diretamente à clássica polêmica relativa à legalidade da terceirização somente na atividade-meio da empresa tomadora de serviços, e a vedação de sua utilização na atividade-fim das referidas empresas, questão que abordaremos a seguir.

b) atividade-meio e atividade-fim

A intensificação do processo da terceirização nas empresas, que ultrapassa as **fronteiras** de sua atividade-meio e que atinge até mesmo a sua atividade-fim, isto é, a atividade ligada à sua finalidade **essencial**, contraria, segundo o entendimento de Márcio Túlio Viana (2011, págs. 60 e 67) , a posição do TST, que, através de sua súmula no. 331, estabelece as "hipóteses de terceirização **lícita**" (grifos nossos) e "que **demarcam os limites** traçados pelo **Direito do Trabalho** com respeito à **validade** da **terceirização de serviços no Brasil**" (grifos nossos).

De fato, o item III da súmula 331 deixa claro que a licitude da terceirização limita-se "(...) **à atividade-meio do tomador**" (grifos nossos).

Assim, ainda que até hoje inexista qualquer lei que trate da terceirização[2], elencando os serviços terceirizados lícitos e ilícitos – o que configura uma lamentável

2 -Deve ser ressalvados que foram elaborados no Congresso, os Projetos de Lei em 2007, 2010 e 2012, referentes à terceirização.

inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional –, consideramos que as empresas, doutrinadores e magistrados do trabalho deveriam respeitar e adotar esse posicionamento do TST – órgão máximo do Judiciário trabalhista brasileiro -, até porque o mesmo está em plena consonância com o valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV da Carta Magna de 1988), fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

III – A terceirização no âmbito da Administração Pública

a) breve histórico e finalidades

A admissibilidade da terceirização na esfera pública, consoante observaram Márcio Túlio Viana (2011, p. 64) e Maurício Godinho Delgado (1997, págs. 434/435) ocorreu com a edição do Decreto-Lei no. 200/67, sendo posteriormente complementada pela Lei no. 5.645/70.

Quanto ao referido Decreto, o seu artigo 10 §7º prescreveu que determinadas atividades da Administração Federal deverão ser executadas de forma descentralizada, isto é, por empresas privadas. Contudo, o dispositivo limitou-se a dizer que tais atividades consistem na realização de tarefas **executivas**.

É evidente que a expressão "tarefas executivas" foi **vaga** demais, gerando naturais dúvidas de quais atividades poderiam ser executadas de forma indireta pela Administração, através da terceirização.

Justamente para tornar claro quais os serviços que podem ser terceirizados pelos órgãos públicos, é que foi editada a Lei no. 5.645/70, que, por seu turno, em seu artigo 3º parágrafo único, elencou as atividades em questão: "as atividades relacionadas com **transporte, conservação,** custódia, **operação de elevadores, limpeza** e outras assemelhadas, serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato (...)" (grifos nossos).

Analisando o dispositivo legal supracitado, extraem-se duas conclusões: a primeira é a de que o seu rol é **exemplificativo;** e a segundo, é de que somente é licita a terceirização na Administração Pública em sua atividade-meio, o que demonstra uma **uniformidade de entendimento** em relação à terceirização tanto no Direito do Trabalho quanto no Direito Administrativo.

Posteriormente, através do Decreto no. 2.271/97, houve uma considerável ampliação dos serviços autorizados a serem executados de forma indireta na

Administração Pública através de terceirização, a saber**: informática**, copeiragem, r**ecepção, reprografia, telecomunicações,**manutenção de prédios, equipamentos e instalações, o que a nosso ver, revela-se **extensivo demais**.

Assim como as empresas privadas, a Administração Pública terceiriza algumas de suas atividades-meio, com a finalidade, dentre outras, de reduzir os custos do erário público e otimizar o funcionamento da máquina estatal.

De fato, com essa terceirização, a Administração pública não necessita realizar concurso público (lembrando que a partir da CF/88, o ingresso em órgão público somente pode ocorrer através da aprovação em concurso público, nos termos do artigo 37, inciso II da Carta Magna de 1988), o que importa em economia dos gastos públicos, uma vez que a realização de concursos públicos é **dispendiosa**.

Há que ter, contudo, cautela, a fim de não haver burla ao ingresso nos órgãos e entidades públicas através do concurso público, ferindo o princípio vital da **isonomia**.

Assim, em nosso pensar, não pode haver a massificação da terceirização no setor público, a ponto de abranger serviços relacionados às suas necessidades essenciais.

A segunda finalidade da terceirização advém da realidade fática de que a realização de concursos públicos pela Administração Pública, em seus níveis federal, estadual e municipal, é lenta e burocrática.

Caso fosse necessário aguardar a realização de concursos púbicos relacionados à atividade-meio dos órgãos públicos, sem que se pudesse contratar trabalhadores terceirizados, a máquina pública ficaria emperrada, e diversas atividades-meio estariam ou paralisadas ou dependentes do deslocamento de um servidor público, que teria que acumular o exercício de suas funções com o desempenho da atividade-meio, fazendo com que o mesmo fosse vítima de exploração em seu trabalho.

Diante disso, a existência, ou melhor, convivência de servidores públicos e trabalhadores terceirizados dentro dos órgãos públicos constitui uma realidade inexorável, e que tem cada vez mais crescido, conforme já expusemos anteriormente.

Várias indagações, questionamentos e críticas surgem então, tais como: o tratamento não isonômico conferido aos terceirizados, que, apesar de executarem, inúmeras vezes, trabalho semelhante ao de servidores públicos, recebem salário infinitamente inferior; o distanciamento - que pode atingir o patamar de discriminação e preconceito – entre os servidores e os terceirizados; o fato de os terceirizados não integraram a categoria dos servidores, o que gera a sua não representatividade pelo sindicato dos servidores públicos. Em função disso, os terceirizados são representados por

outro sindicato, e isso acaba por enfraquecê-los nas negociações com o sindicato patronal e até mesmo com o órgão público no qual eles trabalham.

Pretendemos analisar tais questões logo a seguir.

b) a convivência entre os servidores públicos e os terceirizados dentro do mesmo órgão público

A realidade do trabalho no mesmo órgão público, de servidores públicos efetivos e de trabalhadores terceirizados, gera diversas questões polêmicas e problemas que precisam ser enfrentados, tanto na esfera doutrinária, quanto na realidade fática.

E não poderia ser diferente, seja porque os servidores públicos e os terceirizados são regidos por regimes jurídicos diversos, a saber, estatutário e celetista, respectivamente, seja porque seus empregadores são distintos.

De fato, enquanto os servidores públicos têm como "empregador" o Estado, *lato sensu*, os empregadores dos trabalhadores terceirizados são as empresas privadas.

Ainda que ocorram situações fraudulentas, nas quais os terceirizados estão subordinados juridicamente aos dirigentes ou demais servidores públicos dos órgãos públicos tomadores de serviços, isto não torna estes empregadores dos terceirizados, em razão da exigência de ingresso nas entidades públicas através da aprovação em concurso público de provas e títulos (vide, neste sentido, o item II da súmula no. 331 do Tribunal Superior do Trabalho).

A primeira questão que gostaríamos de abordar diz respeito aos salários percebidos pelos terceirizados que laboram em órgãos públicos, junto com os servidores públicos efetivos.

Neste particular, a fim de tratar de tal tema, que envolve necessariamente uma análise relativa à observância do princípio da isonomia salarial, e que pode ser resumida pela expressão "a todo trabalho igual é devido salário igual", recorreremos – conforme já foi esclarecido na introdução do presente artigo – à nossa convivência com trabalhadores terceirizados em órgãos públicos.

E o que a experiência pessoal nos revelou?

Que em algumas situações, inúmeros trabalhadores terceirizados trabalham ao lado de servidores efetivos, exercendo funções semelhantes, ou no mínimo, análogas, contudo o salário que aqueles recebem **é bem inferior aos vencimentos** dos seus colegas servidores.

Por outro lado, vivenciamos a experiência da terceirização em uma universidade

pública, o que Sérgio Pinto Martins (2005, págs. 153,154) reputa como terceirização em sentido amplo correspondente à contratação de professores substitutos, a fim de atender ao excepcional interesse público, tal como é autorizado pela Lei no. 8.745/93 (artigos 1º e 2º).

Assim, na universidade pública, professores efetivos e contratados lecionam nos cursos de graduação disciplinas obrigatórias e eletivas, e inúmeras vezes, a mesma disciplina.

Acontece que o salário recebido pelo docente contratado é muito inferior ao valor dos vencimentos dos docentes efetivos, o que contraria, a nosso ver, o princípio da **isonomia**.

Para agravar ainda mais a situação, é possível constatar, em concreto, a dedicação, capacidade, comprometimento e brilhantismo de diversos professores contratados, que muitas vezes, em nosso entendimento, são superiores aos de alguns professores efetivos, o que reforça ainda mais a necessidade de que aqueles recebam salário idêntico aos vencimentos dos docentes efetivos das universidades públicas (DELGADO, 2007, págs. 450/451).

Outro ponto crucial tem um caráter mais subjetivo, porquanto diz respeito ao relacionamento pessoal entre os servidores e terceirizados que laboram juntos no mesmo órgão público, e a eventual existência de preconceito, discriminação ou rivalidade entre ambos.

Ora, em ambos os casos concretos apresentados, é inevitável que a existência de diferenciação entre o valor do salário e dos vencimentos gere sentimentos de **indignação** e **desmotivação** nos trabalhadores terceirizados, devendo, assim, haver majoração dos seus salários, em respeito ao princípio da isonomia.

Neste particular, recorremos, com intensidade maior, à nossa experiência de trabalho nos dois órgãos públicos onde laboramos.

Um dos órgãos constitui uma universidade pública, que passa por uma crise financeira, que redundou no atraso no pagamento dos salários dos trabalhadores terceirizados que realizam serviços de limpeza.

Tais obreiros terceirizados têm recebido manifestações de apoio e solidariedade dos alunos, servidores e docentes, através da realização de passeatas.

Idêntico apoio aos trabalhadores terceirizados foi dado pelos sindicatos de docentes e de servidores da universidade, seja pela inclusão na pauta da assembleia de tal questão – que é grave, ante a natureza **alimentar** dos salários-, seja pela ampla divulgação na seara virtual.

Chama a atenção o fato de que, ainda que os trabalhadores terceirizados não integrem a categoria de servidores públicos representada pelos sindicatos da universidade, isto não impediu a solidariedade a eles prestada pelos referidos sindicatos.

A segunda experiência que vivenciamos em outro órgão público se refere a terceirizados que prestam serviços de limpeza, recepcionista, transporte, informática, manutenção, entre outros, cuja empresa, por ter sido vencedora em procedimento licitatório, celebrou contrato administrativo com a Administração Pública Federal.

Em função de atrasos nos pagamentos, constatados pelo fiscal do contrato (artigo 57 da Lei no. 8.666/93), a referida empresa sofreu as penalidades de advertência e multa.

Posteriormente, de forma inesperada, a empresa contratada informou ao órgão público o encerramento de suas atividades, sem ter, contudo, pago a seus empregados os salários vencidos e a gratificação natalina, bem como as verbas rescisórias.

E qual foi a atitude do órgão público? A sua reação foi de irrestrito apoio aos trabalhadores terceirizados.

Tal apoio concretizou-se através da rescisão unilateral do contrato administrativo com base nos artigos 77 e 78 da lei de licitações (Lei no. 8.666/93)

E a fim de viabilizar o pagamento dos salários atrasados e do décimo terceiro salário, a entidade pública reteve todas as faturas que pagaria à empresa privada inadimplente, e utilizou-as na satisfação parcial do crédito trabalhista em favor dos terceirizados.

Extrai-se dessas duas experiências nos órgãos públicos que os trabalhadores terceirizados receberam apoio dos servidores públicos, de seus sindicatos e, em um dos órgãos, da própria Administração Pública, que, inclusive, envidou todos os esforços para que os direitos trabalhistas dos terceirizados fossem cumpridos.

De outro lado, constata-se que, em regra geral, a relação entre servidores públicos e terceirizados é boa e amistosa, sendo ambos unidos, e somente em alguns casos individuais isolados, os terceirizados são discriminados.

Dessa forma, discordamos, em parte, do pensamento de Márcio Túlio Viana (2011, p. 57) de que,

> Quando interna, a terceirização divide em cada empresa os trabalhadores, **opondo efetivos a terceirizados**, estes se sentindo – não sem alguma razão- inferiores àqueles, e ameaçando veladamente o seu lugar. Desse modo, já é

possível até mesmo **reunir sem unir** (grifos nossos).

IV- A súmula no. 331 do Tribunal Superior do Trabalho e a Administração Pública

a) finalidades e evolução histórica

Consoante expusemos anteriormente, a súmula no. 331 do TST desempenhou papel vital para demarcar os limites jurídicos à terceirização lícita no Direito do Trabalho em nosso país, bem como supriu uma lamentável – e para agravar, a nosso ver, intencional – omissão do Congresso Nacional, que até o momento não legislou sobre a terceirização, não obstante a existência de tal fenômeno há décadas, seja no âmbito das empresas privadas, seja no âmbito dos órgãos públicos.

A atual redação da súmula no. 331 passou por diversas transformações. Antes dela em 1986, o TST editou o Enunciado (que posteriormente foi denominado de Súmula) no. 256, que apenas admitia a terceirização nos casos de trabalho temporário (Lei no. 6.019/74) e nos serviços de vigilância bancária (Lei no. 7.102/83).

Posteriormente, em razão da proliferação da terceirização nas empresas privadas e nos órgãos públicos, o TST cancelou no ano de 1993 o Enunciado no. 256, substituindo-o pela Súmula no. 331, cujos tópicos mais relevantes foram: o estabelecimento da terceirização lícita apenas na atividade-meio das empresas tomadora; a ampliação dos serviços que podem ser terceirizados, e o estabelecimento da responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços, no que tange às obrigações trabalhistas não adimplidas pela empregadora dos trabalhadores terceirizados (item IV da súmula).

Chama a atenção o fato que na súmula em comento não foi atribuída aos órgãos públicos, tomadores de serviços do trabalho terceirizado, tal responsabilidade subsidiária, ficando a mesma adstrita às empresas privadas.

Todavia, pouco tempo depois, em 1994, o item IV da súmula no. 331 foi alterado através da Resolução no. 96 do TST, deixando claro que, assim como as empresas privadas, os órgãos da Administração direta, e indireta, como autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, também têm responsabilidade subsidiária, caso haja inadimplemento das empresas privadas.

Esta atribuição de responsabilidade subsidiária à Administração Pública, como era

de se esperar, gerou grande celeuma, controvérsia, e mais do que isso, até mesmo **indignação**, por parte dos dirigentes dos órgãos públicos e dos advogados públicos, representantes judiciais de cada um desses órgãos.

Consideramos que existem fundamentos favoráveis e outros contrários à responsabilidade subsidiária da Administração Pública enquanto tomadora de serviços dos terceirizados, razão pela qual pretendemos, através de uma análise **dialética**, analisá-los a seguir.

De um lado, diversos autores questionam o estabelecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública quanto aos direitos trabalhistas dos terceirizados inadimplidos.

O argumento central utilizado é o de que artigo 71 parágrafo primeiro da Lei no. 8.666/93 expressamente estabelece que o descumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias **não transfere** qualquer **responsabilidade** – ou seja nem solidária, nem tampouco subsidiária – aos **órgãos púbicos**.

É importante ressaltar que, em decisão recente, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) no. 16 em 24 de novembro de 2010 – que posteriormente abordaremos – o Supremo Tribunal Federal declarou o dispositivo em questão, artigo 71 parágrafo 1º. da Lei no. 8.666/93, **constitucional.**

É evidente que essa decisão do Excelso Pretório acabou por abraçar, em grande parte, a tese defendida por todos aqueles que se opunham à responsabilidade subsidiária da Administração Pública, sendo festejada e recebida com entusiasmo por eles.

Todavia, por amor ao debate, parece-nos que uma questão relevante deva ser abordada.

É que afastar a responsabilidade subsidiária dos órgãos públicos quanto aos créditos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados, utilizando-se como fundamento a declaração de constitucionalidade de um **dispositivo da lei licitatória** – tal como foi decidido pelo Excelso Pretório -, a nosso ver, significa tratar do trabalho, prestado no âmbito da Administração Pública, sob a ótica unicamente **administrativista,** com total **exclusão** dos princípios do **Direito do Trabalho,** o que nos parece ferir o princípio da razoabilidade, porquanto **qualquer trabalho** deve ser analisado de acordo com as normas e princípios do Direito Laboral.

Neste sentido, uma indagação razoável deve ser sustentada: até que ponto o artigo 71 parágrafo primeiro da Lei no. 8.666/93 – norma do **Direito Administrativo**, é bom lembrar -, constitui uma fonte subsidiária **compatível** com os princípios informadores do

Direito do Trabalho, tal como exige o artigo 8º parágrafo único da CLT?

De fato, **inexiste** no Direito do Trabalho **norma** dispondo sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, contudo a finalidade primordial do Direito Laboral é **proteger** sempre o **trabalhador** hipossuficiente, independentemente de este trabalhar em empresas privadas ou órgãos públicos.

Cabe ressaltar que o Estado democrático de Direito brasileiro está fundado no **valor social do trabalho**, consoante está expresso no artigo 1º, inciso IV da Carta Magna de 1988.

Por outro lado, em nosso pensar, ao se afastar qualquer responsabilidade trabalhista das entidades públicas em relação aos obreiros terceirizados que para eles laboram, ocorreria o **enriquecimento sem causa** do Estado, porquanto este se beneficiou do trabalho prestado pelos terceirizados, e no entanto, nada teria que pagar a tais obreiros.

Diante disso, ousamos sustentar que o artigo 71 parágrafo primeiro da Lei no. 8.666/93, em vez de ser constitucional, é **inconstitucional.**

Aliás, em relação a essa decisão do STF que julgou o artigo 71 parágrafo primeiro da Lei no. 8.666/93 **constitucional, isentando** a Administração Pública de responsabilidade trabalhista em relação aos terceirizados, com **a ressalva** de que os órgãos públicos tenham efetuado licitação regular, bem como fiscalizado o contrato administrativo firmado com as empresas privadas, entendemos que o Excelso Pretório incidiu em **contradição.**

Antes de falar dessa contradição, parece-nos pertinente destacar que a súmula no. 331 do TST foi revista em 2011, o que resultou no acréscimo do item V, a fim de que nele conste o posicionamento vinculante do STF.

Mas, onde está a **contradição** do STF? Ora, se o STF entendeu que o artigo 71 parágrafo primeiro da Lei no. 8.666/93 é constitucional, e se tal dispositivo **isenta a Administração** Pública de qualquer responsabilidade quanto às verbas trabalhistas dos terceirizados, inadimplidas pela empresa contratante, **sem fazer qualquer ressalva,** isto é, sem prever que, em caso de culpa *in eligendo ou in vigilando,* os órgãos públicos terão responsabilidade trabalhista subsidiária, o STF não deveria ter declarado o referido artigo **parcialmente constitucional?**

Neste falar, divergimos do ilustre Ministro Relator Cezar Peluso que sustenta que a norma é sábia, pois ela diz que o

> "mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas

> **inadimplência da obrigação da administração** é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer, independentemente da constitucionalidade da lei" (2010, p.5) (grifos nossos).

Se o artigo 71 parágrafo primeiro da Lei no. 8.666/93 não trata da inadimplência da obrigação da Administração, com base em qual norma o STF firmou tal entendimento? Não foi citado nenhum dispositivo do Direito do Trabalho, bem como nenhum princípio. Não seria tal julgamento do Excelso Pretório um exemplo do **ativismo judicial,** onde o Poder Judiciário **legisla**, **no lugar do Congresso Nacional**?

Em sentido diametralmente oposto, inúmeros autores defendem a responsabilidade subsidiária dos órgãos públicos, quando há inadimplemento trabalhista das empresas privadas, utilizando-se para tal de inúmeros argumentos.

Talvez o argumento principal seja o de violação ao fundamento do valor social do trabalho **– pilar** do Estado e Direito pátrios –, acrescido do enriquecimento sem causa da Administração Pública, em detrimento dos direitos trabalhistas dos terceirizados, conforme já expusemos anteriormente.

É evidente que esse fundamento do valor social do trabalho (o artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal de 1988) tutela **todo e qualquer trabalhado**r, não apenas o empregado sujeito de um contrato de trabalho, mas igualmente o obreiro **terceirizado,** bem como os trabalhadores **autônomos, eventuais, avulsos,** entre outros.

A definição dada por Sérgio Pinto Martins (2002, p.46) ao valor social do trabalho parece-nos bem satisfatória, razão pela qual a transcrevemos:

> O Direito do Trabalho pretende corrigir as deficiências encontradas no âmbito das empresas, não só no que diz respeito às condições de trabalho, mas, também, para assegurar uma remuneração **condigna** a fim de que o operário possa suprir as necessidades de ***sua família na sociedade*** *(grifos nossos).*

Mas, por qual motivo, a exclusão de responsabilidade subsidiária da Administração Pública relativa aos trabalhadores terceirizados fere o valor social do trabalho?

É que os órgãos públicos, como já insistimos inúmeras vezes neste trabalho, se

beneficiaram do trabalho, ou da força de trabalho (MARX, 2002, p. 32/33) - na concepção marxista - dos terceirizados, e portanto, não nos afigura justo que a entidade pública fique alheia, indiferente à penúria social dos terceirizados, que nada receberam de seus empregadores privados.

Ainda que a Administração Pública tenha licitado regularmente e fiscalizado a empresa contratada, entendemos que o não pagamento de salário e demais créditos trabalhistas não pode ser tratado apenas como um "problema envolvendo o empregado e a empresa privada inadimplente".

Deve a Administração Pública, em respeito ao valor social do trabalho e para evitar o seu enriquecimento sem causa, em nosso entendimento, pagar as obrigações trabalhistas inadimplidas pelas empresas privadas e, posteriormente, entrar com uma ação regressiva em face destas.

V - Conclusão

Efeito do enfraquecimento do Direito Laboral, protetor dos trabalhadores – em razão de sua inquestionável hipossuficiência em face de seu patrão –, o fenômeno da terceirização surgiu com o intuito de reduzir os gastos patronais, mas também os direitos trabalhistas, porquanto o empresário, em vez de contratar diretamente empregados e pagar-lhes todos os direitos trabalhistas, beneficia-se do labor dos trabalhadores terceirizados, sem ter que arcar com qualquer obrigação trabalhista destes.

Paulatinamente, a terceirização foi se avolumando no âmbito das relações jurídicas trabalhistas, tendo, contudo, como limite demarcatório de licitude – estabelecido pela súmula no. 331 do TST -, a atividade-meio das empresas tomadores, isto é, os serviços que não correspondem a seu funcionamento vital e às suas finalidades essenciais.

Tal fenômeno, contudo, não se limitou ao âmbito das empresas privadas, regidas pela CLT. Autorizada originariamente pelo Decreto-Lei no. 200/67, a terceirização foi se **alargando** na Administração Pública, sendo utilizada nas suas atividades de apoio e de caráter executivo.

A ideia central era impedir que tais atividades ficassem paralisadas, ante a demora ou, até mesmo, a não realização dos concursos públicos.

A análise teórica, cumulada com a experiência de trabalho em dois órgãos públicos, um pertencente à esfera federal e o outro à estadual, revelou que, lamentavelmente, assim como os terceirizados nas empresas privadas, existe uma

precarização das relações de trabalho dos terceirizados que laboram nos órgãos públicos.

Todavia, essa experiência concreta também demonstrou que, mais do que haver uma boa convivência entre os terceirizados e os servidores públicos, estes – ao contrário do que sustentam alguns autores -, assim como seus sindicatos, são solidários aos terceirizados, quando há descumprimento dos direitos trabalhistas perpetrado pelas empresas privadas, sendo tal solidariedade se manifestada através da panfletos, passeatas e denúncias na via virtual.

Por outro lado, penalidades foram aplicadas pelos fiscais dos contratos firmados entre a empresa contratada – vencedora da licitação – e o órgão público, incluindo a rescisão unilateral do contrato e a retenção das faturas.

O problema é que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade no. 16/2010, declarou **constitucional** o artigo 71 §1º da Lei no. 8.666/93, que isenta de qualquer responsabilidade trabalhista a Administração Pública, caso haja inadimplemento da empresa privada contratada em relação aos créditos trabalhistas dos obreiros terceirizados.

É bem verdade que o Excelso Pretório ressalvou que a Administração Pública terá responsabilidade caso a mesma incorra em culpa *in elegendo* e *in vigilando,* isto é, se o inadimplemento for do **órgão público** e não da empresa privada.

O caráter vinculante da referida decisão do STF acrescentou o item V à súmula no. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, acarretando a **radical** alteração da redação anterior da súmula, que estabelecia, de forma diametralmente oposta, a responsabilidade subsidiária dos órgãos públicos de forma **imediata**, em caso de inadimplemento das empresas privadas.

Ao longo deste trabalho, intentamos demonstrar nossa discordância e até mesmo **inconformismo** com essa decisão do STF, porquanto reputamos que a mesma não está em conformidade com o valor social do trabalho, fundamento do Estado democrático de Direito brasileiro (artigo 1º., inciso IV da Carta Magna de 1988).

Se a empresa privada não pagar os débitos trabalhistas, que têm natureza **alimentar,** e caso a Administração Pública tenha licitado e fiscalizado regularmente a referida empresa, então **quem pagará** tais créditos trabalhistas aos operários terceirizados?

E como fica o princípio da **dignidade humana** dos terceirizados? Será que é justo, será que é ético, a Administração Pública, que se beneficiou do trabalho dos terceirizados,

ignorá-los, “voltar as costas” para eles?

Essa indagação paira no ar.

VI – Referências bibliográficas

1- **BAUMAN,** Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas:* tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar,1999;

2 – **CARELLI**, Rodrigo Lacerda.*Terceirização como intermediação de mão de obra.*publicação virtual em *PDF*, 2014

3- **DELGADO**, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 6ª ed. São Paulo: LTR,2007;

4- **MARANHÃO**, Délio. *Direito do trabalho.* 17ª. Ed. Rio de Janeiro. FGV,1993;

5- **MARTINS**, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho.* 20ª. Ed. São Paulo:Atlas, 2003;

6- **MARX**, Karl. Salário, *preço e lucro,*disponível em http://www.culturabrasil.org/zip/salariopreçoelucro/pdf, 2002, acesso em 02/2/2015;

7- **VIANA,** Márcio Túlio *et al. Terceirização-Aspectos gerais. A última decisão do STF e a súmula 331 do TST. Novos enfoques*, in .Rev. TST, Brasília,vol. 77, no. 1, jan/mar 2011, disponível em pdf, acesso em 24/2/2015.

8- **VIANA**, Márcio Túlio.*As várias faces da terceirização*, in Rev.Fac.Direito UFMG, Belo Horizonte, no. 54, p. 141-156, jan/jul 2009, disponível em pdf, acesso em 20/3/2015

9- **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, Ação Declaratória de Constitucionalidade no. 16/2010, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 24/11/2010.