

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: precarização e inaplicabilidade da Lei 13.429/2017

Mônica de Oliveira Casartelli¹²
Eder Dion de Paula Costa¹³

RESUMO

O presente trabalho propõe uma reflexão sobre a terceirização na Administração Pública e a inaplicabilidade da Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017. A terceirização acabou por se constituir em uma prática precarizante das relações de trabalho, sobretudo após o julgamento da ADC nº16, que entendeu constitucional o art. 71§1º da Lei 8666/93. O desafio é enfrentar a temática à luz do que dispõe a Constituição Federal em matéria de efetivação de direitos fundamentais na mira da consecução dos fins do próprio Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Terceirização. Administração pública. Precarização. Relações de trabalho. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present paper proposes a reflection on the outsourcing in the scope of the Public Administration and the inapplicable the content of Law 13,429 of March 31, 2017. Outsourcing constituted a precarious practice of labor relations, especially after the judgment of the Direct Action of Constitutionality No. 16, which constitutional understanding of article 71§1º of Law 8666/93. The challenge is to address the issue through what the Federal Constitution establishes in terms of the realization of fundamental rights.

Key words: Outsourcing. Public administration. Precariousness. Labor relations. unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a terceirização no âmbito da Administração Pública, propondo uma reflexão sobre o seu atual panorama jurídico, sobre a responsabilidade do tomador de serviços à luz da legislação vigente e da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal. Conclui pela precarização dessa modalidade de contratação com afronta direta a direitos fundamentais e de cidadania previstos na Constituição Federal. Foi realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para atingir os fins pretendidos neste breve estudo sem a pretensão de esgotar a temática que é demasiadamente ampla e extrapola os limites aqui propostos de avaliação da terceirização no âmbito da Administração Pública.

¹² Mestranda em Direito e Justiça Social pela FURG.

¹³ Professor da Universidade Federal de Rio Grande (FURG).

O artigo aborda em uma primeira etapa o conceito de terceirização e o panorama jurídico deste Instituto fazendo um breve apanhado histórico da legislação que tratou sobre terceirização no Brasil desde o Decreto-Lei 200/67 até a edição da Lei nº 13.429/2017, esforço necessário para compreender a alteração de lógica implementada pela reforma trabalhista em relação à timidez legislativa até então vigente.

Em um segundo momento, o texto analisa a questão da responsabilização da Administração Pública como tomadora dos serviços, explorando os contornos dados ao tema após o julgamento da ADC nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal e estabelecendo a conexão entre a jurisprudência consolidada e o quadro atual de precarização e violação a direitos dos trabalhadores.

Na terceira etapa o trabalho apresenta uma avaliação sobre a inaplicabilidade da Lei nº 13.429/2017 no âmbito das atividades-fim da Administração Pública, por violação à regra do concurso público e de diversos princípios de direito administrativo, conforme previsão do art. 37, caput e inciso II da Constituição Federal de 1988.

O que se propõe, enfim, é a ação da Administração e do Poder Judiciário na preservação de direitos fundamentais e de cidadania previstos na Constituição Federal. É a tomada de consciência no sentido da contenção desta investida precarizante que é a terceirização e que neste momento se expande em prejuízo de toda sociedade brasileira.

CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO E ATUAL PANORAMA JURÍDICO

A terceirização consiste em um modelo que rompe com a lógica dos arts. 2º e 3º da CLT, que definem empregado e empregador e consagra uma relação trilateral em que o trabalhador é contratado pela empresa prestadora de serviços para laborar em favor de uma empresa tomadora, o que configura típica terceirização de mão-de-obra por interposta pessoa. Surge, então, a figura de um terceiro, um atravessador na relação de trabalho, rompendo com a regra da relação bilateral entre empregado e empregador. O trabalhador é empregado da empresa prestadora de serviços mas quem se beneficia diretamente da sua força de trabalho é o tomador. A empresa prestadora de serviços e a tomadora possuem entre si uma relação contratual.

Maurício Godinho Delgado (2011, p. 426) conceitua terceirização como sendo “o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”. Como dito, a relação empregatícia se forma com a empresa prestadora dos serviços, embora o trabalhador esteja inserido no processo produtivo do tomador.

O Decreto-Lei 200/67 e a Lei 5.645/70 já traziam a terceirização ao regulamentarem a descentralização das atividades no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta.

Dessa forma, preconizava o art. 10 §7º do Decreto-Lei 200/67 que “ a administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato...”.

A Lei 5.645/70, em seu art. 3º parágrafo único, disse que “as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas se-

ção, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, §7º do Decreto-Lei 200/67”. Este dispositivo foi posteriormente revogado pela Lei nº 9.527/97.

Note-se, no entanto, que restou regulamentado desde 1967 que o Estado poderia executar atividades de forma indireta, por meio de terceiros. A Lei ainda tratou de exemplificar as atividades passíveis de terceirização, que seriam aquelas que mais tarde seriam classificadas na jurisprudência como atividades-meio.

No campo do direito privado, a Lei 6.019/74 que regulamenta o trabalho temporário tratou da terceirização, todavia na seara do contrato a prazo determinado. Na sequência, vieram as Leis 7.102/83 e 8.863/94, que trataram do objeto e das hipóteses de terceirização para contratação para vigilância bancária, patrimonial, bem como para transporte de cargas, agora não mais restrita aos contratos temporários.

Não pode olvidar, portanto, que a terceirização sempre foi regulamentada de forma restritiva quer em relação ao prazo de contratação, quer em relação ao seu objeto, o que deixava clara a intenção do legislador de mantê-la como uma exceção e não como regra no contexto das relações laborais. Dessa forma, mantinha-se como regra a relação de emprego a prazo indeterminado, bilateral, no modelo previsto nos arts. 2º e 3º da CLT, o que não impediu que a terceirização tomasse corpo, ganhando espaço tanto no setor público quanto privado.

O TST editou a Súmula nº 256, oportunidade em que assentou que “salvo nos casos previstos nas Leis 6.019/74 e 7.102/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por interposta pessoa, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços”.

Mais tarde, em 1993, o TST edita a Súmula nº 331, que embora tenha sofrido modificações redacionais nos últimos anos, acabou por cancelar a terceirização não só nos contratos temporários e serviços de vigilância e conservação e limpeza, previstos em lei, mas também nas hipóteses de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

A questão que envolve as atividades-meio do tomador, como visto, já havia sido tratada pelo Decreto-Lei 200/67, pelo que é possível crer que tal construção jurisprudencial do TST possa ter origem nas definições do referido Decreto.

O Decreto nº 2.271/1997 também tratou das atividades que podem ser objeto de execução indireta pela Administração Pública. Este, mais recente, trata de forma clara das atividades passíveis de terceirização pela Administração.

O fato é que a Súmula nº 331 do TST, que será tratada mais adiante quanto ao aspecto da responsabilidade do tomador dos serviços, no afã de tentar explicitar as hipóteses de terceirização lícita e ilícita e prever consequências em matéria de responsabilidade pelo adimplemento de verbas trabalhistas, acabou também por cancelar a prática da terceirização em inúmeras atividades, alastrando a sua utilização nos mais diversos setores produtivos, tanto no âmbito público quanto privado.

A razão pela qual a terceirização se mostra tão atrativa para o setor econômico diz diretamente com os custos da produção. O modelo de produção capitalista reclama a queda dos custos da produção com a maximização do lucro. E nessa perspectiva, não há dúvidas de que os salários dos trabalhadores terceirizados são mais baixos, de que há uma dificuldade desses trabalhadores no agrupamento em categorias profissionais e de organização sindical em razão da sua pulverização, que é própria deste modelo de contratação.

Não há dúvidas também de que há um giro muito grande na contratação dessas empresas prestadoras de serviço que leva com frequência à solução de continuidade de suas atividades, com inadimplemento de verbas trabalhistas e alto índice de desemprego, em prejuízo da classe trabalhadora. Por vezes tais trabalhadores são recontratados pela nova empresa que assume as atividades firmando contrato com o ente público, todavia, na realidade e na maioria das vezes, ficam sem receber saldo de salários, verbas rescisórias e sem o gozo de férias.

De qualquer forma, havia um anseio do setor econômico por aumentar as hipóteses de terceirização, que culminou com a aprovação do PL 4.302, que viria a ser transformado na Lei 13.429/2017, publicada em 31 de março de 2017. A ampliação da terceirização foi um dos pilares da reforma trabalhista sob a promessa de geração de postos de emprego, o que após 9 meses de reforma não se confirmou.

A Lei 13.429/2017 altera a Lei 6.019/74 e dispõe sobre terceirização. Em seu art.9º § 3º, a Lei deixa claro que “o contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora dos serviços”. A citada Lei ainda aproveita para regular a responsabilidade subsidiária do contratante (tomador dos serviços) e preconizar a ausência de vínculo de emprego entre o tomador de serviços e o trabalhador contratado pela empresa de trabalho temporário, sendo que estas últimas previsões se deram na esteira do que já vinha decidindo a Justiça do Trabalho por força do contido na Súmula nº 331 do TST.

É a previsão da possibilidade de contratação de empresa prestadora de serviço para exercício de atividades-fim do tomador, entretanto, que denota maior preocupação neste momento diante do quadro de precarização já existente e da ampliação das hipóteses de terceirização em relação à jurisprudência consolidada. Ademais, a Lei não faz distinção quanto a sua aplicação para o setor público ou privado.

Com a aplicação da intermediação de mão-de-obra também para as atividades finalísticas das empresas tomadoras dos serviços, há fundado receio de que aumentem as dispensas de empregados para a substituição por empresas prestadoras de serviços.

RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONDIÇÃO DE TOMADORA DOS SERVIÇOS PELO INADIMPLEMENTO DAS VERBAS TRABALHISTAS E PRECARIZAÇÃO

No julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 do Distrito Federal, o STF assentou a impossibilidade de transferência automática dos encargos

trabalhistas resultantes da execução do contrato para a Administração, reconhecendo a constitucionalidade do art. 71§1º da Lei 8.666/93¹⁴.

O acórdão deixa claro que a Administração tem o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais pela contratada, em observância aos Princípios da Legalidade e da Moralidade Administrativas não podendo ser conivente com o descumprimento contratual. A Ministra Carmem Lúcia mencionou em seu voto que a Administração acabava pagando duas vezes: pagava as verbas trabalhistas para a empresa no bojo do contrato firmado a partir da licitação e pagava novamente para o trabalhador no caso de inadimplemento da contratada.

Do referido julgamento extrai-se a necessidade de demonstração de ação culposa da Administração para que possa ser responsabilizada de forma subsidiária pelo inadimplemento das verbas trabalhistas. Seria o caso de comprovação de culpa “in vigilando”, pela ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas no curso da execução contratual.

A fundamentação do acórdão da ADC nº16 não deixa dúvidas sobre a impossibilidade de responsabilização objetiva, automática e pela simples prestação do trabalho em relação à Administração.

Após o julgamento da citada Ação Direta de Constitucionalidade, o TST alterou a redação da Súmula nº 331, passando a dispor o item V, o seguinte:

Os entes 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.

Na ausência de uma legislação que regulamentasse a questão da natureza da responsabilidade do tomador de serviços de forma clara, o TST buscou a uniformização de entendimento no âmbito da Justiça do Trabalho, durante muitos anos, por meio da Súmula nº 331. Os itens IV e VI do verbete fixam a responsabilidade subsidiária das tomadoras em relação a todas as parcelas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação do labor.

Agora a Lei nº 13.429/2017, neste aspecto, veio repetir o conteúdo da Súmula do TST quanto à responsabilização subsidiária do tomador e quando a ausência de vínculo entre este e o tomador dos serviços, além de cancelar a terceirização na atividade-fim.

¹⁴ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

Com o julgamento da ADC nº 16 e com a alteração do teor da Súmula nº 331 do TST, a Administração Pública na condição de tomadora de serviços obteve flagrante vitória no seu escopo de evitar o pagamento em duplicidade das verbas trabalhistas, ou seja, no bojo do contrato com a prestadora e depois judicialmente ou administrativamente ao trabalhador.

No entanto, se por um lado este pagamento dúplice não deixava de ser uma realidade dentro do cenário da terceirização no âmbito da Administração Pública com prejuízo econômico ao erário, por outro lado este entendimento judicial consolidado na ADC nº 16 pelo STF, gerou um problema social que é o risco de que o trabalhador fique sem receber as verbas trabalhistas inadimplidas caso a Administração comprove ter fiscalizado o cumprimento do contrato e exigido os documentos pertinentes da contratada no curso da sua execução.

Nestes casos o trabalhador deixa de receber a contraprestação de seu trabalho, a que tem direito por força do previsto no art. 7º, incisos VII, VIII, XV, XXI, entre outros da Constituição Federal de 1988 e em razão do previsto na Consolidação das Leis do Trabalho. Da mesma forma, é clara a afronta ao art. 7º, inciso I da Constituição, já que as despedidas são recorrentes com inadimplemento da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS.

Essa realidade da terceirização do Brasil colabora para o fenômeno da precarização das relações de trabalho e isto não deve e não pode ser simplesmente ignorado pelo Estado.

Aqui não é demais lembrar o pensamento de Marx traduzido por Pachukanis no ponto de vista do direito como forma de relação capitalista, relação entre mercadoria-trabalho e capital, a forma da relação de mais-valor. O Direito é a forma da relação entre organização e comando para a exploração. (PACHUKANIS, 2017, p. 22).

Nesta temática da precarização nas relações de trabalho terceirizadas que submete o trabalhador ao labor sem contraprestação, reina a exploração sem qualquer preocupação com o sujeito que trabalha, que passa a ser tratado como objeto, fortalecendo o poder do capital que no fim o escraviza.

Importa referir que nestes casos de intermediação de mão-de-obra os trabalhadores recebem baixos salários, convivem com altos índices de acidentes do trabalho e adoecimento, deixam de receber salários e verbas rescisórias em razão do frequente desaparecimento das empresas prestadoras do serviço e há uma pulverização da classe trabalhadora que dificulta a organização sindical já que prestam serviços em vários locais e para vários tomadores. Cumpre lembrar que na intermediação de mão-de-obra o trabalhador é a principal mercadoria negociada.

Fundamental também, sob outra vertente, é enfrentar nesta temática as questões mais afetas ao Direito Administrativo e ao Direito Constitucional para situar a problemática numa seara adequada no campo do Direito Público já que neste texto se faz uma abordagem da terceirização na Administração Pública.

É preciso entender que a supremacia do interesse público sobre o interesse privado é dogma superado diante do disposto na Constituição de 1988 e acima de tudo compreender, afinal, qual é o interesse público que deve ser perseguido pela Administração.

Nessa perspectiva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999, p. 24) fala em humanização do interesse público. Diz ela:

No moderno Estado Democrático de Direito, a ideia de “interesse público” se humanizou, uma vez que o Estado passou a se preocupar não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almejava, mas também com valores considerados essenciais a uma existência digna do ser humano. Enfim, a ideia de interesse público, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, passou a abranger o desejo de liberdade com dignidade, reclamando do Estado uma atuação adequada a diminuir as desigualdades sociais, levando a toda sociedade o bem-estar social.

Assim, não pode a Administração seguir uma lógica meramente econômica esquecendo que o interesse público é o interesse da sociedade e que estamos tratando, em verdade, de relações e direitos sociais previstos na Constituição Federal. Existe uma lógica liberal que permeia a discussão do tema da terceirização calcada na maximização de lucros e no menor custo da produção e isto também não pode ser desprezado. É mais barato terceirizar do que contratar com vínculo nos moldes do art. 2º e 3º da CLT, mormente nos casos da Administração Pública que necessita realizar concurso público para ingresso de servidores em seus quadros, conforme exige o art. 37, II da Constituição Federal.

Severo e Almeida (2014, p. 161) afirmam que

A lógica liberal encontra na terceirização um excelente aliado. Empreender com a finalidade de lucro, sem qualquer responsabilidade pelos indivíduos que contrata talvez seja o ápice dessa ideia de exploração sem limites, especialmente, sem preocupação com o Outro.

A Administração Pública presta serviços públicos mas por vezes também explora atividade econômica por meio das suas Estatais.

O tema central dessa discussão é cidadania. Cidadania que se constrói com fundamento em princípios constitucionais e éticos, mirando a realização de justiça social. Cidadania que se constrói com um Estado preocupado com práticas eficientes de gestão e com foco no futuro e na verdadeira missão da Administração que é trabalhar em prol da sociedade e da garantia de direitos fundamentais.

Enzo Bello, em sua obra “A cidadania no Constitucionalismo Latino-Americano” vai além e fala em um novo conceito de cidadania a ser exercitado modernamente, nos seguintes termos:

Quando se fala em um novo conceito de cidadania, busca-se ilustrar um salto qualitativo agregado por esse quadro espaço-temporal a um conceito cuja referência teórica se mostra deficitária em termos de prática social. As novas relações entre Estado e Sociedade Civil, bem como as demandas surgidas no cotidiano de países marcados pela exclusão social, demonstram a necessidade de se avançar de uma concepção estática para uma concepção dinâmica de cidadania. (BELLO, 2012, p. 128-129).

Nos termos da Constituição Federal o Estado tem dever de proporcionar aos cidadãos uma existência digna. A República Federativa do Brasil, de acordo com o art. 1º da CF tem como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Já o art. 3º da Constituição preconiza que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa e solidária, assim como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades.

Souto Maior em artigo intitulado “Terceirização da Atividade-Fim é o fim do Fetiche da Terceirização” traz uma discussão bastante interessante que envolve a Lei nº 13.429/2017 sobre a possibilidade de coexistência de duas regras generalizantes que se contrapõe. Uma seria contida nos arts. 2º e 3º da CLT e no art. 7º, I da CF sobre a relação bilateral de emprego e a outra a regra da relação trilateral da terceirização com a intermediação de mão-de-obra na atividade-fim inclusive.

Nesse sentido ele afirma:

Assim, mesmo com a revitalização da antiga onda de ataques aos direitos sociais, pelos quais, sob a retórica da modernidade, procura-se conduzir a sociedade brasileira aos tempos do século XIX, o percurso da progressividade se impõe por incidência da razão e da lógica. Com efeito, diante da necessária retomada dos fundamentos do Direito do Trabalho para solucionar o conflito incontornável de duas regras generalizantes que se contrapõem, chega-se ao ponto dialético de que a previsão legal da atividade-fim representa o fim da terceirização. (MAIOR, 2017, p. 210).

O que o autor defende é que a terceirização perdeu o parâmetro de excepcionalidade e resultando na generalidade de mera intermediação de mão-de-obra, uma vez que as empresas são constituídas simplesmente para locar força de trabalho, fazer comércio de gente, agredindo princípios fundamentais do Direito do Trabalho.

De fato, essa inversão de lógica precariza as relações de trabalho. O Direito do Trabalho com sua principiologia continua existindo e a Constituição prevalecendo sobre as demais normas. Daí porque a Lei nº 13.429/2017 depois reforçada pela Lei nº 13.467/2017, não pode prevalecer sobre a Constituição Federal e nesse aspecto pode ter significado, como sustenta o autor citado, o fim do fetiche da terceirização.

A ausência de contraprestação pelo trabalho, o inadimplemento de salários e verbas trabalhistas essenciais para que os trabalhadores mantenham uma vida minimamente digna afronta a Constituição Federal constituindo-se em um quadro preocupante de flagrante precarização e exploração nas relações laborais.

INAPLICABILIDADE DA LEI 13.429/2017 NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Delineado o atual panorama jurídico da terceirização no Brasil, assim como o sistema de responsabilidade do tomador e o quadro de precarização das relações de trabalho gerada a partir dessa realidade, cumpre analisar a aplicabilidade da Lei nº 13.429/2017 ao setor público quanto às contratações ligadas à atividade-fim da Administração Pública.

Como visto, a permissão para terceirização de serviços restringia-se, por força do disposto no Decreto-Lei 200/67, do Decreto nº 2.271/1997 e da Súmula nº 331 do TST, às atividades-meio da Administração.

A Lei nº 13.429/2017 introduzida no bojo da reforma trabalhista não diferencia a terceirização no setor público e no setor privado. Este silêncio, para alguns, significa que a Lei que simplesmente altera a legislação sobre trabalho temporário seria inaplicável para a Administração. Para outros, denota que ela se aplica indistintamente para ambos os setores.

O Tribunal de Contas da União em diversos acórdãos do plenário faz alusão ao disposto no Decreto nº 2.271/1997, que trata das atividades que podem ser objeto de execução indireta pela Administração Pública. O referido Decreto no art. 1º fala expressamente em atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. A norma é clara em apontar que atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédio, equipamentos e instalação, serão, de preferência, objeto de execução indireta. O art. 1º, § 2 diz que não serão objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos e salários do órgão ou entidade, salvo expressa disposição em contrário ou quando se tratar de cargo extinto total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Para o Tribunal de Contas da União, o Decreto 2.271/1997 buscou coibir a burla do concurso público e a terceirização irregular. No TC 032.202/2010-5, acórdão 5216/2012 da Primeira Câmara, o Tribunal de contas da União afirma nos itens 42, 43 e 44, que a Constituição Federal preconiza a obrigatoriedade de aprovação em concurso público para investidura em cargo ou emprego público nos termos do art. 37, inciso II e que a Administração está obrigada a observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência nos moldes do art. 37, caput, sendo a terceirização na atividade-fim de um órgão público uma burla à obrigatoriedade de realização de concurso público.

A Lei nº 13.429/2017, que aliás é silente quanto ao tema da terceirização na atividade-fim no âmbito da Administração Pública, enquanto lei ordinária, não tem o condão de alterar norma constitucional, pelo que deve prevalecer o disposto no art. 37, caput e inciso II, tanto quanto aos princípios a serem observados pela Administração Pública, mormente o da legalidade e da impessoalidade, quanto à exigência da aprovação em concurso público para ingresso nos quadros da Administração.

Como a citada Lei não tratou da terceirização na atividade-fim na Administração Pública pode-se afirmar que não é aplicável aos órgãos e entidades da Administração. Caso se entenda que a Lei tratou também da terceirização na Administração, é imperioso sustentar sua inconstitucionalidade, por afronta ao contido no art. 37, caput e inciso II da Constituição Federal.

Por não haver ainda um posicionamento assentado na jurisprudência e na doutrina sobre o tema, a questão permanece a causar polêmica e insegurança jurídica.

Certo é que a Administração deve se posicionar atentando para os elementos apresen-

tados ainda que de forma sucinta neste texto, a fim de evitar o agravamento da precarização, o desemprego e como forma de coibir a ilegalidade, a quebra da moralidade e da impessoalidade. A eficiência e a consecução dos fins do Estado Democrático de Direito dependem da correta avaliação desse cenário e da adoção de um posicionamento compatível com a ordem Constitucional vigente. Ao poder Judiciário também compete evitar uma interpretação da norma que colida com a Constituição Federal e com o interesse público.

Que não se argumente, em sentido contrário a possibilidade de terceirização de mão-de-obra, em razão de que o art. 37, II da Constituição veda o ingresso de pessoas em seus quadros sem o concurso público.

Nessa linha, nos parece lógica e correta a conclusão desenhada por Souto Maior quando aduz:

Então, quando a lei chega ao ponto de autorizar a terceirização da atividade-fim, o efeito jurídico necessário, para a preservação da ordem social, é o de se afirmar o contrário, ou seja, que a terceirização, juridicamente falando não existe e o mecanismo que se tem para isso é o da declaração da relação de emprego, instituto criado exatamente para vincular o trabalho e o capital, atribuindo-se a este uma responsabilidade social mínima para a efetivação de um projeto de sociedade pautado pela lógica do Estado Social. A relação de emprego, vale lembrar, é um instituto jurídico que decorre da necessidade de se superarem obstáculos impostos pela racionalidade jurídica liberal, que tentava afastar o capital de qualquer responsabilidade sócia. (MAIOR, 2017, p. 210).

Vingando a interpretação da possibilidade de terceirização da atividade-fim na Administração, a sociedade provavelmente conviverá com professores de universidades públicas terceirizados, advogados públicos terceirizados, auditores fiscais terceirizados. O fato é que hoje a ausência de vínculo de emprego entre o prestador de serviços e tomador decorre da previsão da Lei e das disposições das Súmulas do TST (súmulas 331 e 363). Se a atenção jurídica do Judiciário estivesse voltada para o princípio da primazia da realidade que rege o direito do trabalho certamente a conclusão acerca da existência desse vínculo seria outra, principalmente diante da exigência de fiscalização ostensiva que hoje é cobrada do tomador como consequência de disposições das instruções do próprio Ministério do Planejamento sobre fiscalização de contratos com a Administração e do próprio julgamento da ADC nº 16 já mencionado no item anterior deste trabalho.

A admissibilidade da aplicação da Lei nº 13.429/2017 para as atividades-fim dos órgãos e entidades da Administração Pública pode agravar e muito o quadro de precarização já existente além do que contraria toda a lógica da relação entre capital e trabalho prevista na CLT e na CF/88, conforme aqui exposto.

CONCLUSÃO

Conforme procuramos demonstrar neste artigo, a terceirização que era um modelo de contratação que a legislação brasileira sempre tratou como excepcional, se alastrou consolidando-se

como regra. Tal modelo foi impulsionado mais recentemente pela introdução no ordenamento jurídico da Lei nº 13.429/2017 e reforçado pela Lei 13.467/2017 que promoveu a reforma trabalhista.

A terceirização ao longo do tempo consagrou verdadeira intermediação de mão-de-obra. Empresas foram criadas para fazer locação de força de trabalho, prática que rompe e fere a lógica do direito do trabalho e da relação de emprego. A prestação de serviços regular só pode ocorrer para atividades que não estejam inseridas naquelas necessárias de forma perene e permanente para a consecução dos fins da empresa ou da instituição tomadora. A intermediação distancia o trabalhador, o pulveriza e dificulta sua organização sindical, prejudicando a defesa de seus direitos e a concretização do Estado Social.

Nestes casos de intermediação de mão-de-obra os trabalhadores recebem baixos salários, convivem com altos índices de acidentes do trabalho e adoecimento, deixam de receber salários e verbas rescisórias em razão do frequente desaparecimento das empresas prestadoras do serviço e há uma pulverização da classe trabalhadora que dificulta a organização sindical já que prestam serviços em vários locais e para vários tomadores. Cumpre lembrar que na intermediação de mão-de-obra o trabalhador é a principal mercadoria negociada.

O direito do trabalho sofre influência direta da economia e da política e quando operacionalizado de forma equivocada, como foi o caso dessas reformas apressadas e carecedoras de legitimidade, tem o potencial de agravar a crise do desemprego, a recessão econômica, com flagrante e direto comprometimento da dignidade da vida das pessoas.

A terceirização irrestrita foi um dos elementos trazidos pela reforma trabalhista capaz de agravar a precarização das relações de trabalho, situação que já vinha causando inúmeras preocupações desde o julgamento da ADC nº 16 pelo STF e da alteração da redação da Súmula nº 331 do TST, visto que inúmeros trabalhadores passaram a ficar sem o recebimento de salários e verbas rescisórias, em função da ausência de comprovação de culpa do Estado na fiscalização dos contratos com as empresas prestadoras de serviço.

A ausência de pagamento de salários e verbas trabalhistas afronta a legislação vigente e a própria Constituição Federal.

O desafio e a proposta que se apresenta é no sentido de pensar a temática da terceirização à luz do que dispõe a Constituição Federal em matéria de efetivação de direitos fundamentais e de exercício de direitos de cidadania. No caso da Administração o desafio é visualizar o conceito de interesse público numa perspectiva mais humanizada, compreendendo-o como o interesse da sociedade e não como o interesse da Administração ou do erário, na busca da consecução dos próprios fins do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha de entendimento, é necessário conter essa investida precarizante das relações laborais que descumpra direitos sociais elementares e buscar manter um projeto de sociedade pautado pela lógica do Estado Social.

Imperioso, nesse sentido, afirmar que a Lei nº 13.429/2017 não é aplicável à Administração Pública no que concerne às atividades-fim dos seus órgãos ou entidades, por afronta direta ao disposto no art. 37, caput e inciso II, da Constituição Federal acerca da exigência de aprovação em concurso público para ingresso nos quadros da Administração Pública e em observância aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade. A Constituição Federal não foi derogada em razão da reforma trabalhista, tampouco foram derogados os princípios do Direito do Trabalho.

Com relação ao inadimplemento de salários e verbas rescisórias de empregados terceirizados cumpre reafirmar o valor social do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A ausência de contraprestação pelo trabalho prestado, seja em que circunstância for, é prática avessa ao trabalho decente e merece ser coibida pelo Estado, em nome da efetivação de direitos de cidadania e do interesse público.

Não se pode olvidar que na concepção do Direito do Trabalho sempre esteve o seu caráter humanístico, social, protetivo da dignidade do homem que trabalha e dos direitos fundamentais. Daí a necessidade de manutenção de patamares mínimos a serem assegurados pela ordem jurídica que preservem a dignidade e a vida do trabalhador.

O que se propõe, portanto, é a ação da Administração e do Poder Judiciário no sentido da contenção desta investida precarizante que é a terceirização e que neste momento se expande em prejuízo de toda sociedade brasileira, com a robustecida certeza de que as disposições, tanto da Lei nº 13.429/2017 quanto da Lei nº 13.467/2017, que colidam com a Constituição Federal de 1988 não podem prevalecer.

As autoridades brasileiras, conhecedoras de que os números do trabalho degradante, em condições análogas à de escravo, são considerados expressivos e alarmantes no País, possuem o dever de envidar esforços para evitar o desmonte dos direitos sociais dos trabalhadores e o agravamento da crise já existente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. Direito do trabalho: avesso à precarização. São Paulo: LTr, 2014. v. 1.

ALMIRO, Eduardo de Almeida; SEVERO, Valdete Souto. Direito do trabalho: avesso da precarização. São Paulo: LTR, 2014. v. 1.

BELLO, Enzo. A cidadania no constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul, RS: Educus, 2012.

BRASIL. Decreto 2.271/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 200/67. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 13 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 032.202/2010-5. Acórdão 5216/2012. Primeira Câmara. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/PRO-C%253A03220220105/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%-2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16-DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Direito e Justiça Social: a construção jurídica dos direitos de cidadania. Rio Grande: Editora da FURG, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo LTr, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. São Paulo: Atlas, 1999.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Terceirização da atividade-fim é o fim do fetiche da terceirização. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães, TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia, FONTES, Saulo Tarcísio de Cavalho (Org.). Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTR, 2017.

PACHUKANIS, Evguiéni B. Teoria Geral do direito e marxismo. Tradução de Paula Vaz de Almeida; revisão técnica Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017.