

Pedro Fauth Manhães Miranda
(Organizador)



○ **DIREITO**
nas **INTERSECÇÕES**
entre o **FÁTICO**
e o **NORMATIVO**



AYA EDITORA
2021

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Organizador(a)

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Produção Editorial

AYA Editora

Capa

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Revisão

Os Autores

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicada

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza
Centro Universitário Santa Amélia
Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz
Faculdade Sagrada Família
Prof.º Dr. Carlos López Noriega
Universidade São Judas Tadeu e Lab.
Biomecatrônica - Poli - USP
Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva
Centro Universitário FACEX
Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí
Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis
Universidade do Estado de Minas Gerais
Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig
Universidade Federal do Paraná
Prof.º Dr. Gilberto Zammar
Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso
Universidade de Santa Cruz do Sul
Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues
Faculdade Sagrada Família
Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski
Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof.º Me. Jorge Soistak
Faculdade Sagrada Família
Prof.º Me. José Henrique de Goes
Centro Universitário Santa Amélia
Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim
Faculdade Sagrada Família e Centro de
Ensino Superior dos Campos Gerais
Prof.ª Ma. Lucimara Glap
Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho
Universidade Federal Rural de Pernambuco
Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues
Universidade Norte do Paraná
Prof.º Dr. Marcos Pereira dos Santos
Faculdade Rachel de Queiroz
Prof.º Me. Myller Augusto Santos Gomes
Universidade Estadual do Centro-Oeste
Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch
Faculdade Sagrada Família
Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda
Centro Universitário Santa Amélia
Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani
Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira
Instituto Federal do Acre
Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail
Centro de Ensino Superior dos Campos
Gerais
Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens
Faculdade Sagrada Família
Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares
Universidade Federal do Piauí
Prof.ª Ma. Sílvia Apª Medeiros Rodrigues
Faculdade Sagrada Família
Prof.ª Dr.ª Sílvia Gaia
Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda
Santos
Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues
Instituto Federal de Santa Catarina

© 2021 - AYA Editora - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição Creative Commons 4.0 Internacional (CC BY 4.0). As ilustrações e demais informações contidas desta obra são integralmente de responsabilidade de seus autores.

D59896 O Direito nas intersecções entre o fático e o normativo [recurso eletrônico]. / Pedro Fauth Manhães Miranda (organizador) -- Ponta Grossa: Aya, 2021. 283 p. – ISBN 978-65-88580-70-7

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader.

Modo de acesso: World Wide Web.

DOI 10.47573/aya.88580.2.44

1. Direito. 2. Direito de família. 3. Prisões - Brasil. 4. Previdência social - Legislação - Brasil. 5. Síndrome da alienação parental – Brasil. 6. Pais e filhos – Brasil. 7. Pais divorciados. 8. Migração. 9. Direitos humanos. 10. Administração pública – Brasil. 11. Proteção de dados - Legislação – Brasil. 12. Identidade de gênero I. Miranda, Pedro Fauth Manhães. II. Título

CDD: 340.07

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos
e Editora EIRELI

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

A terceirização no serviço público: uma abordagem a partir dos princípios da igualdade e da cidadania

Outsourcing in public service: an approach from the principles of equality and citizenship

Karla Eduarda Modena Pavan

*Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade Meridional – IMED.
Integrante do Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Sustentabilidade Social”.
Advogada em Erechim/RS.*

Jocelino Tramontin da Silva

*Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade Meridional – IMED.
Especialista em Segurança Pública e Direito Penal. Advogado*

Laura Spaniol Martinelli

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade Meridional – IMED. Membro do Centro de estudos sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Assistente em Administração Junto à Universidade Federal da Fronteira Sul – UFFS Campus Passo Fundo.



Resumo

A prática da terceirização de mão de obra tem se mostrado uma solução moderna e adequada a diversas atividades na esfera empresarial. No setor público, também vislumbra-se cada vez mais a ampliação dessa forma de contratação, todavia, a adoção desses contratos pelos órgãos públicos precisa estar alinhada com todos os princípios constitucionais referentes à Administração Pública. Nesse contexto, o artigo objetiva analisar em que medida a terceirização de mão de obra nas instituições públicas pode conflitar com os princípios constitucionais, especialmente os da igualdade e da cidadania, bem como os mecanismos legais existentes que podem ser utilizados para preservar os direitos dos trabalhadores terceirizados junto aos órgãos públicos. Assim, será realizada uma análise da atual legislação e jurisprudência brasileiras sobre a matéria, através do método de abordagem hipotético dedutivo e da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Será demonstrado que a terceirização de mão de obra não pode ocorrer de forma indiscriminada nos órgãos públicos, sob pena de afrontar os princípios constitucionais da Administração Pública, bem como que, quando essa prática for inevitável, as instituições precisam tomar todos os cuidados e precauções cabíveis para resguardar os direitos trabalhistas dos servidores terceirizados.

Palavras-chave: terceirização. princípios constitucionais. administração pública. igualdade. cidadania.

Abstract

The practice of labor outsourcing has proven to be a modern and suitable solution for various activities in the business sphere. In the public sector, it is also increasingly foreseen the expansion of this type of contracting, still, the adoption of these contracts by public bodies must be in line with all constitutional principles relating to Public Administration. In this context, the article aims to analyze to what extent the outsourcing of labor in public institutions can conflict with constitutional principles, especially those of equality and citizenship, as well as the existing legal mechanisms that can be used to preserve the rights of outsourced workers with public bodies. So, an analysis of the current Brazilian legislation and jurisprudence on the matter will be carried out, through the method of deductive hypothetical approach and bibliographical and jurisprudential research. It will be demonstrated that the outsourcing of labor cannot occur indiscriminately in public bodies, under penalty of affronting the constitutional principles of Public Administration, as well as that, when this practice is inevitable, institutions need to take all reasonable care and precautions to protect the labor rights of outsourced workers.

Keyword: outsourcing. constitutional principles. public administration. equality. citizenship.

INTRODUÇÃO

A terceirização, ou seja, a contratação de empresa que administre mão de obra para a execução de determinadas atividades em outra instituição, é prática comercial que vem crescendo significativamente no Brasil, a partir da década de 1970, em razão da abertura do mercado interno para as multinacionais, que introduziram no país essa cultura (DELGADO; AMORIM, 2014).

Essa modalidade de contratação também passou a ser utilizada pelos Órgãos Públicos, que, hodiernamente, possuem inúmeros contratos com empresas privadas cujo objeto é a administração de mão de obra para as suas atividades. Até 2017, antes do início de vigência das Leis nº 13.429 e nº 13.467, que introduziram importantes reformas na legislação trabalhista brasileira, a terceirização estava restrita às atividades-meio das instituições contratantes, ou seja, às atividades que não se relacionam diretamente com a sua finalidade de atuação, mas sim com a conservação/manutenção da estrutura física em termos de limpeza, logística, comunicação (LEIRIA, 1991).

Assim, a modalidade de contratação por execução indireta no serviço público mostra-se lícita em atividades-meio até o ano de 2017, com respaldo na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)¹, e, após esse ano, também em atividades-fim. Todavia, mesmo havendo legalidade formal na terceirização no âmbito do serviço público, considerando o escopo social das normas jurídicas, e atentando especialmente aos princípios constitucionais, é cabível e oportuna uma reflexão acerca da (não)-observância dos princípios de igualdade e de cidadania, tendo em vista a realidade fática vivenciada atualmente pelos funcionários terceirizados que estão lotados junto aos órgãos públicos brasileiros.

Com efeito, o que se observa na rotina dos órgãos públicos são inúmeros problemas relacionados aos contratos de terceirização: não-pagamento de salários dos funcionários, mitigação de direitos trabalhistas, alta rotatividade, descaso para com os terceirizados, dentre outros, o que tem culminado em inúmeras ações trabalhistas perante o Poder Judiciário.

Nesse contexto, tendo em vista que, ao contrário das empresas privadas - que almejam essencialmente o lucro - os órgãos públicos possuem dentre suas finalidades primeiras o bem estar social e a efetivação dos princípios constitucionais, dentre eles os da igualdade e da cidadania, convém discorrer sobre as possíveis afrontas ocorridas por meio dos contratos de **terceirização** firmados pelo poder público a esses princípios, e as possibilidades de contornar

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

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

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

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

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

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

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

as dificuldades decorrentes dessas contratações, mediante soluções que podem ser realizadas pela Administração Pública.

A CULTURA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E O SETOR PÚBLICO

Tem se tornado cada vez mais comum a constituição de empresas cujo objeto é a administração de mão de obra, em que os funcionários desempenham atividades em outras empresas, sob o regime da terceirização. A prática da terceirização pode ser entendida como a contratação de empresa que disponibilize pessoal para a execução de determinadas atividades, as quais são realizadas nas instalações da contratante, e o vínculo de emprego se estabelece unicamente entre a contratada e seus colaboradores, não configurando, via de regra, relação de emprego entre a empresa contratante e os denominados trabalhadores terceirizados.

No dizer de Pietro (2002, p. 174) a terceirização é conceituada como:

[...] a contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiro para o desempenho de atividades-meio [...]. A terceirização assume, na prática, variadas formas, entre as quais a empreitada de obra e de serviço, a locação de serviços por meio de interposta pessoa (fornecimento de mão-de-obra); já vimos que, para fins de terceirização, também pode ser utilizada a franquia.

Esse tipo de contrato tem se tornado muito comum entre as empresas privadas, pois aquelas que contratam outras para gerir serviços como limpeza, conservação, manutenção, dentre outras, têm na terceirização a oportunidade de se verem despreocupadas com essas demandas e de concentrar seus esforços nas suas atividades-fim, deixando as atividades-meio a cargo da empresa contratada. Essa conduta pode trazer benefícios, em termos financeiros e organizacionais, para as empresas; no dizer de Delgado e Amorim (2014, p. 13):

As empresas terceirizadas, em harmonia com o modelo toyotista de produção enxuta e de estrutura horizontalizada, adotam fórmulas redutoras, concentrando-se exclusivamente no núcleo de seu processo produtivo, transferindo para terceiros outras etapas e processos periféricos do circuito de produção.

No Brasil, a terceirização começou a ser inserida na rotina das empresas privadas a partir da década de 1970, em razão das metas de agilidade, produtividade e qualidade total das indústrias de automóveis (DELGADO; AMORIM, 2014; LEIRIA, 1991).

No setor público, com o advento da Lei nº 9.632, de 7 de maio de 1998, a qual extinguiu diversos cargos públicos como auxiliar de limpeza, copeiro, eletricista, vigia, dentre muitos outros, passou-se a recorrer à terceirização para que se executem as tarefas relacionadas às atribuições dos cargos extintos.

Nesse liame, se, na esfera privada, a terceirização se justifica, desde a sua origem, ao aumento da produtividade e, conseqüentemente, dos lucros das empresas², no setor público, a adoção dessa prática não pode ter os mesmos escopos, uma vez que toda a Administração Pública deve pautar-se nos princípios constitucionais que lhe são correlatos (art. 37 da Constituição Federal), sempre com atenção ao interesse público; nesse sentido, Mazza (2013, p. 60):

² LEIRIA, 1991, p. 87-88: *A prática de entregar para terceiros todas as atividades de uma empresa que não sejam essenciais surgiu nos Estados Unidos, antes mesmo da II Guerra, e consolidou-se como técnica de administração a partir da década de 50, com o desenvolvimento acelerado da indústria. No Brasil, a terceirização foi introduzida pelas multinacionais de automóveis, que, querendo ser ágeis, transformaram-se em meras montadoras, intencionalmente dependentes da produção de peças entregue a outras inúmeras empresas.*

A ideia de função é importantíssima para nós na medida em que o Direito Administrativo só estuda atividades funcionais, isso porque o agente público exerce função, pois atua em nome próprio na defesa dos interesses da coletividade (interesse público). Desse modo, a título de primeira aproximação, pode-se dizer que a função administrativa é aquela exercida pelos agentes públicos na defesa dos interesses públicos.

Conceituando interesse público, Mello (2009, p. 60):

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigoando também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.

Assim, compreendendo o interesse público como aquele que atende a toda a coletividade, parece impossível uma atividade que contrarie princípios constitucionais elementares visar o interesse público, ou o bem-estar social.

Pondera-se, desse modo, que os contratos firmados pelo Poder Público com vistas à execução indireta de atividades (terceirização) também não de observar estritamente os princípios constitucionais, sob pena de, em afronta a toda a coletividade, ferir o interesse público.

IGUALDADE E CIDADANIA X TERCEIRIZAÇÃO NOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

Mediante a adoção da prática da terceirização no Brasil, inúmeros doutrinadores passaram a visualizá-la como uma dinâmica benéfica para as empresas; Leiria (1991, p. 19) é um deles, ao afirmar que “A contratação de terceiros é encarada como um dos caminhos mais avançados da empresa moderna”. Portanto, o conceito de terceirização mostrava-se como algo inovador, tendente a trazer ganhos para as empresas, tanto em termos de qualidade quanto de produtividade. Conforme a explicação de Leiria (1991, p. 23):

Com o desafio da competitividade a curto e no máximo médio prazos pela frente, as empresas comprovam a adequação de contratar terceiros. Já não há mais dúvidas quanto às questões: o que é essencial – ser excelente em tudo, fazendo de tudo? Ou ser excelente na essência? Por exemplo, se uma indústria produz tintas e vernizes, por que deveria também cuidar da vigilância, dos jardins da fábrica, do restaurante dos funcionários? O mais lógico e estratégico – devido ao custo da mão-de-obra e sua administração, além dos reflexos econômico-jurídico-trabalhista-previdenciário – é terceirizar todas as atividades não-essenciais. Desta maneira, a empresa pode concentrar toda a sua energia na atividade-fim.

Entretanto, com o passar do tempo, a nova doutrina passou a observar que se, por um lado, as empresas possuem benefícios na terceirização, o que se verificou na prática é que os trabalhadores contratados dessa forma vivem em constante insegurança, e em condições de desigualdade para com os demais trabalhadores. Significa dizer que os contratos de terceirização muitas vezes trazem consigo relações de trabalho perversas, nas quais os direitos fundamentais dos trabalhadores não são respeitados.

O que Delgado e Amorim (2014, p. 7) chamam de “triangulação da relação de trabalho” acabou se tornando uma forma de, em muitos casos, desrespeitar direitos sociais dos trabalhadores, colocando-os em patamar de inferioridade em relação àqueles que possuem contratos de trabalho tradicionais, em que as tarefas são realizadas diretamente nas instalações do empregador.

A esse respeito, Delgado e Amorim (2014, p. 14-15):

As estatísticas confirmam que a terceirização trabalhista provoca redução expressiva de patamares salariais. A remuneração dos trabalhadores terceirizados, em dezembro de 2010, foi inferior, em 27,1%, à remuneração dos trabalhadores diretos. Além disso, constata-se que a remuneração dos trabalhadores terceirizados se concentra nas faixas de 1 a 2 salários mínimos e de 3 a 4 salários mínimos, enquanto os trabalhadores diretos estão mais distribuídos entre as variadas faixas salariais.

Portanto, até mesmo em termos de salário há certa discriminação quanto aos trabalhadores terceirizados, o que demonstra que essa forma de contratação camufla, em verdade, uma flexibilização de direitos trabalhistas, atentando contra o princípio de igualdade perpetrado pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

Nesse liame, convém destacar que a igualdade pode possuir significação substancial ou formal, conforme Gonzaga (2009, p. 2):

A igualdade substancial, nas palavras do professor Celso Ribeiro Bastos, consiste no “tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.” (BASTOS, 2001, p. 5). Essa igualdade não se realiza, pois a vaidade dos homens impede que todos sejam iguais. Próximo desse ideal de igualdade substancial, lembramos o pensamento de Jean-Jacques Rousseau.

Por outro lado, a igualdade formal resulta na fixação de critérios/benesses diferenciados, a serem aplicados em casos concretos, conforme dispuserem as normas do ordenamento jurídico vigente. No dizer de Gonzaga, *apud* Bastos (2001, p. 7): “A igualdade formal, por seu turno, consiste “no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional.”

Dessa forma, a igualdade formal pode ser conceituada como aquela que advém da norma jurídica, podendo acarretar em tratamento jurídico não uniforme a determinados cidadãos que vivenciam circunstâncias de maior vulnerabilidade.

São exemplos clássicos disso o Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), que protege um grupo social em razão da idade, os diversos programas sociais surgidos nas últimas décadas, concedendo benefícios e incentivos a pessoas em situação de pobreza ou de miserabilidade, etc.

Considerando os princípios ancorados na Constituição Federal de 1988, é perfeitamente cabível que em determinadas situações se dispense tratamento jurídico diferenciado para as pessoas, com o objetivo de garantir a elas condições de exercício de direitos, independentemente de serem menos favorecidas pelo contexto histórico-social que vivenciam. Sobre isso, é a importante lição de Lenza (2012, p. 973):

Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

Portanto, observa-se que a lei pode estabelecer, ao menos no plano formal, condições de igualdade entre os cidadãos. Entretanto, essa igualdade há de ser verificada no cotidiano das pessoas, sob pena de as disposições legais tornarem-se mera letra fria, não se atingindo, assim, a igualdade substancial, ou seja, a igualdade de fato.

Relativamente ao princípio constitucional da cidadania, pode-se afirmar que se trata de um princípio que condiciona os demais, pois, sem a consolidação da cidadania, compromete-se a efetivação da totalidade dos direitos fundamentais e sociais. Na explicação de Mazzuoli (2014, p. 305):

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988, ao conjugar num só todos os “direitos humanos”, a “cidadania” e a “educação”, pretendeu deixar claro que não há direitos humanos sem a consolidação plena da cidadania e que não há cidadania sem uma adequada educação para o seu exercício. Assim, à luz do texto constitucional brasileiro, somente com a interação desses três fatores – direitos humanos, cidadania e educação – é que se poderia falar num Estado Democrático de Direito assegurador do exercício dos direitos e liberdades fundamentais decorrentes da condição humana.

Sendo assim, é possível conceber a cidadania como o entendimento do ser humano como tal, detentor de direitos e conhecedor deles, bem como das ferramentas pelas quais se pode atingi-los.

Nesse sentido, Mazzuoli (2014, p. 305), ao citar Pedro Demo, traz uma riquíssima observação sobre a cidadania: “Não cidadão é, sobretudo, quem, por estar coibido de tomar consciência crítica da marginalização que lhe é imposta, não atinge a oportunidade de conceber uma história alternativa e de organizar-se politicamente para tanto. Entende injustiça como destino. Faz a riqueza do outro, sem dela participar”.

Portanto, o indivíduo só atinge a condição efetiva de cidadão quando possui conhecimento do contexto no qual está vivendo, com direitos e deveres, com possibilidades de mudar e decidir sobre a sua vida, sabendo que não precisa sujeitar-se, indiscriminadamente, à vontade alheia e às condições que lhe são impostas.

Esses princípios são, comumente, desrespeitados no âmbito dos contratos de terceirização de mão de obra, pois o que se tem verificado é que os trabalhadores nessa condição geralmente ganham muito menos do que os mesmos profissionais em outras relações de trabalho, vivem inseguros quanto à manutenção de seus empregos e não possuem perspectivas de evoluir nas suas carreiras.

Segundo a atual legislação brasileira, a terceirização no setor público não é prática ilegal. A esse respeito, Pietro (2002, p. 179-180):

Na atual Constituição, o inciso XXI do art. 37 dá o fundamento para a contratação de serviços, ao incluí-los, expressamente, entre os contratos dependentes de licitação. É evidente que o intuito do legislador não foi o de inovar – pois tais contratos sempre foram celebrados –, mas o de tornar expresso que a licitação é obrigatória, inclusive para as entidades da Administração indireta. O Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, já previa a possibilidade de a Administração desobrigar-se da execução de tarefas executivas mediante a execução indireta, ou seja, por meio de contrato celebrado com terceiros. A Lei nº 5.645, de 10-12-77 permite, no art. 3º, parágrafo único, que as atividades relacionadas com transporte, conservação, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas sejam, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-lei nº 200.

Desse modo, do ponto de vista da legalidade, não há qualquer problema quanto à terceirização ser praticada pelo Poder Público, o que, inclusive, vem ocorrendo há bastante tempo.

O que se discute, aqui, e de modo a não se perder de vista o objeto do presente estudo, é a possível lesão aos princípios de igualdade e de cidadania advinda dos contratos de terceirização firmados pelo Poder Público.

Nesse sentido, a Súmula nº 331 do TST dispõe, em seu inciso V, que:

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

O que a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho pretende é assegurar aos trabalhadores que os seus direitos sejam observados, de tal forma que a Administração Pública fica responsabilizada, de forma subsidiária, caso não fiscalize adequadamente o cumprimento das obrigações contratuais e legais da contratada, pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias dos funcionários terceirizados.

Entretanto, a praxis tem nos mostrado que nem mesmo a adoção desse entendimento por parte dos tribunais tem garantido, efetivamente, igualdade de condições no ambiente de trabalho dos funcionários terceirizados em comparação com os trabalhadores em relações diretas de emprego, em, muito menos, comparando-os com os servidores públicos concursados.

Na esfera pública, quando as empresas contratadas para prestar os serviços sob o regime da terceirização deixam de pagar direitos trabalhistas como salários, vale refeição, vale transporte, adicionais por insalubridade ou periculosidade, dentre outros, o que tem ocorrido é a resolução dos conflitos perante o Judiciário, o qual, ao aplicar o entendimento consolidado na Súmula 331 do TST, determina que, caso a contratada não efetue o pagamento das verbas trabalhistas, a Administração Pública deve arcar com esses valores.

Entretanto, por mais que a Justiça do Trabalho esteja envidando esforços para conduzir os processos com a maior celeridade possível, em muitos casos ocorre de os trabalhadores ficarem por meses sem receber os direitos trabalhistas, tendo que se socorrer com parentes e amigos para poderem, ao menos, alimentar a si mesmos e às suas famílias, situação essa que é humilhante, constrangedora e desumana.

Perante tais situações, convém uma análise atenta à execução dos contratos de terceirização firmados pelo Poder Público, considerando que, ao contrário das empresas privadas, que possuem como um dos seus objetivos principais a obtenção de lucros, os órgãos públicos inseridos na Administração Direta existem para prestar serviços a toda a sociedade, sem qualquer pretensão de obtenção de lucros, portanto, a terceirização nessa esfera precisa estar voltada ao atendimento do interesse público e dos princípios constitucionais relativos à Administração Pública.

CONTORNANDO OS EFEITOS NEGATIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO

Não há dúvidas de que a prática da terceirização de mão de obra, inclusive nos órgãos públicos, é, atualmente, uma importante ferramenta de gestão das organizações, voltada à eficiência, economicidade e à melhoria da qualidade dos serviços prestados.

Todavia, conforme visto, quando se trata da terceirização praticada por instituições públicas, os princípios da igualdade e da cidadania, assim como os demais princípios aplicáveis à Administração Pública, não podem deixar de ser considerados.

Nesse sentido, como é possível conciliar a eficiência e a modernização esperada dos órgãos públicos com essa prática organizacional do trabalho tão presente nas instituições da atualidade?

Algumas práticas voltadas à garantia dos direitos trabalhistas dos servidores terceirizados já vêm sendo adotadas, dentre as quais se destaca a designação de servidor do quadro efetivo de funcionários para fiscalizar os contratos de terceirização. Nesse sentido, prevê o art. 67 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:

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

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

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Embora a figura do fiscal de contrato esteja prevista no art. 67 da Lei nº 8.666 desde o início de sua vigência, em 1993, nos últimos anos, a tarefa de fiscalizar contratos de terceirização de mão de obra vêm ganhando cada vez mais importância nos órgãos públicos, sendo que as escolas oficiais do governo, por exemplo, a Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, têm oferecido diversos cursos especificamente voltados à fiscalização de contratos administrativos.

Isso é muito importante pois, através de uma adequada fiscalização, a Administração Pública pode utilizar-se de mecanismos administrativos para cobrar das empresas contratadas, as chamadas gestoras de mão de obra, que cumpram rigorosamente com suas obrigações trabalhistas para com os servidores terceirizados.

Além disso, um importante mecanismo de aperfeiçoamento da gestão de contratos de terceirização no serviço público passou a ser adotado em 2008, mediante a publicação da Instrução Normativa nº 02/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MPOG, que instituiu a possibilidade de utilização de uma conta vinculada nesses contratos, para a “previsão de provisionamento de valores para o pagamento das férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, que serão depositados pela Administração em conta vinculada específica [...]” (inciso I do art. 19-A da IN nº 02/2018 SLTI/MPOG).

A IN nº 5, de 26 de maio de 2017 da SLTI/MPOG revogou a mencionada IN nº 02/2018, porém, manteve a previsão da conta vinculada para o pagamento de verbas trabalhistas para os colaboradores da contratada.

São mecanismos como os apontados acima que podem conferir maiores garantias à Administração Pública ao contratar trabalhadores através da terceirização de mão de obra, os quais obviamente não excluem outras alternativas que possam vir a ser adotadas.

Com efeito, tendo em vista a busca pela eficiência no serviço público e os valores e princípios norteadores da Administração Pública, ao contratar novos servidores é preciso primar

pelos efetivos, selecionados através de concurso público e sujeitos a todo o regramento aplicável aos servidores estatutários, ou seja, aqueles abrangidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Contudo, para os casos em que não houver cargo efetivo a ser ocupado e sendo inevitável a contratação de pessoal através da terceirização, a Administração Pública precisa envidar esforços para preservar todos os direitos trabalhistas dos terceirizados, de modo a não ferir os princípios constitucionais tão importantes e primordiais para o Estado Democrático de Direito. Para que isso ocorra, os mecanismos mencionados neste tópico, sem a exclusão de outros que possam também vir a ser adotados, precisam ser rigorosamente observados e cumpridos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a década de 1970, a terceirização vem ganhando cada vez mais espaço nas contratações de empresas privadas e públicas, mostrando-se uma dinâmica moderna para a solução de determinadas demandas, especialmente relacionadas à conservação e manutenção de suas sedes e filiais.

Para as empresas privadas, que buscam prioritariamente o lucro, a terceirização mostra-se uma prática interessante e que atende bem aos anseios das organizações, pois permite que essas mantenham o foco nas suas atividades-fim, ou no que for mais importante e conveniente para o crescimento da empresa. No setor público, todavia, o bem comum e a efetivação dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública devem imperar, razão pela qual a terceirização precisa ser bem avaliada e cercada de cuidados para com esses princípios.

Assim, se no ramo empresarial a terceirização é vista como uma prática moderna para a realização de algumas atividades, por outro, há doutrinadores que alertam para a precarização das condições de trabalho oriundas da terceirização, demonstrando que há diferenças salariais e de outros direitos quando compara-se trabalhadores terceirizados a trabalhadores que prestam serviços diretamente a seus empregadores.

Portanto, nesses casos, a terceirização afronta os princípios constitucionais, especialmente da igualdade e da cidadania, sendo, dessa forma, uma prática incompatível para com o serviço público, o qual vincula-se aos princípios listados no art. 37 da Constituição Federal de 1988 e demais normas constitucionais e legais.

É certo que, no Estado Democrático de Direito brasileiro, nenhuma organização pode deixar de observar os princípios constitucionais, em especial os da igualdade e da cidadania, aqui tratados. Contudo, quando se trata de órgãos públicos, essa premissa torna-se ainda mais valiosa, pois esses são os que mais deveriam observar e perfectibilizar os princípios constitucionais, servindo como um verdadeiro exemplo para as demais organizações, inclusive privadas.

Nesse contexto, e visto que, para o desempenho de alguns cargos públicos, a terceirização é uma prática inevitável, algumas ações adotadas em instituições públicas destacam-se por possuírem o condão de proteger os direitos trabalhistas dos terceirizados, como a efetiva fiscalização dos contratos e a adoção da conta vinculada para pagamento de algumas verbas trabalhistas.

Essas práticas precisam ser disseminadas, fortalecidas e aprimoradas, bem como, podem ser adotadas outras, sempre visando à proteção dos direitos dos trabalhadores, de forma que a terceirização não configure uma afronta aos princípios constitucionais da igualdade e da cidadania mas, por outro lado, caracterize a oportunidade de empregos dignos.

REFERÊNCIAS

BASTOS. Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Escola Nacional da Administração Pública ENAP. O futuro do serviço público começa aqui. Disponível em: <https://enap.gov.br/pt/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MPOG (Revogada pela IN nº 5, de 26 de maio de 2017). Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas-revogadas/instrucao-normativa-no-02-de-30-de-abril-de-2008-revogada-pela-in-no-5-de-26-de-maio-de-2017>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão/Secretaria de Gestão. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta do âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.632, de 7 de maio de 1998. Dispõe sobre a extinção de cargos no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9632.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de Outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

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

htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 28 ago. 2021.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Os Limites Constitucionais da Terceirização. São Paulo: Ltr, 2014.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. O Princípio da Igualdade: é juridicamente possível no ordenamento jurídico existirem leis discriminatórias? Scientia FAER, Olímpia, v. 1, n.1, p. 1-10, jul./dez. 2009.

LEIRIA, Jerônimo Souto. Terceirização. São Paulo: Ortiz S/A, 1991.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.




AYA EDITORA
2021