

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO STRICTO SENSU
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO – PPG - DIREITO**

Paulo Rogério Bueno da Silva

**A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E A APLICAÇÃO DO INSTITUTO
DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA
DO TRABALHO: UMA VISÃO REPUBLICANA**

**Passo Fundo
2021**

Paulo Rogério Bueno da Silva

**A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E A APLICAÇÃO DO INSTITUTO
DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA
DO TRABALHO: UMA VISÃO REPUBLICANA**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professor Doutor Paulo Márcio Cruz

Passo Fundo

2021

Dedico inteiramente essa dissertação à minha mãe, Maria da Conceição Reinelli Bueno, *in memoriam*, que me deu a vida, o Direito e muito apoio para que continuasse minha jornada de estudos.

Agradeço ao meu Pai, por poder estar aqui nesse momento e pelas longas horas de boa conversa e ensinamentos.

Agradeço aos meus filhos e à minha esposa pela paciência e pelo incentivo que nunca faltaram mesmo nos momentos mais difíceis.

Agradeço ao meu Orientador, Professor Doutor Paulo Marcio Cruz, e à minha Coorientadora, Professora Doutora Cleide Calgaro, pelos ensinamentos, dedicação e amizade. O que faz de um Professor ser Mestre é saber caminhar com o aluno, passo a passo, desvelando os segredos e percalços da caminhada. Meu eterno agradecimento.

Agradeço ao PPGDireito da Universidade de Passo Fundo, aos Professores do Mestrado, pelas aulas ministradas com toda a dedicação. Um especial agradecimento aos Coordenadores do Curso, que saúdo na pessoa do Professor Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho, hoje um amigo, pela dedicação, compreensão e ensinamentos. Incrível sua dedicação ao bem-estar dos alunos e ao Mestrado em Direito da UPF.

Igualmente agradeço ao Professor Edmar Viane Marques Daudt, estimado colega e Digníssimo Diretor do Curso de Direito da UPF, pelas manifestações de apreço e de incentivo.

Por fim, mas não menos importante, quero agradecer aos colegas mestrandos, principalmente ao pessoal que compartilhou o grupo da “Teoria da Cisma” por todos os momentos e angustias compartilhadas. A “Teoria da Cisma”, como apelidamos carinhosamente um grupo de amigos, foi a sustentação para uma jornada intensa, cansativa, e quase interminável como o mitológico trabalho de Sísifo.

“Dizia Bernardo de Chartre que nós somos como que anões montados em ombros de gigantes para podermos ver mais e ver mais longe do que eles, não pela penetração do próprio olhar ou pela estatura do corpo, mas porque somos erguidos ao alto e somos alçados pela grandeza de gigantes”.

João de Salisbúria – *Metalogicon, Liber Tertius*, cap. IV.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* – Mestrado em Direito, a banca examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade desse estudo.

Passo Fundo/RS, fevereiro de 2021

Paulo Rogério Bueno da Silva,
Mestrando em Direito

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA.....	13
1.1 Conceitos e linhas gerais.....	14
1.2 A terceirização e o Ordenamento Jurídico.....	27
1.3 A Terceirização das relações de trabalho na Administração Pública.....	45
2. O INTERESSE PÚBLICO: UM AXIOMA REPUBLICANO.....	61
2.1 A primazia do Interesse Público e sua normatividade.....	64
2.2 A Administração Pública e sua caracterização.....	76
2.3 O Patrimônio Público como expressão viva do Princípio Republicano.....	86
3. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUAS ESPECIFICIDADES EM UM CONTEXTO REPUBLICANO.....	90
3.1 Aspectos da autonomia patrimonial e da liberdade econômica.....	93
3.2 A desconsideração da personalidade jurídica em um contexto republicano.....	103
3.3 O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica como método harmonizador dos princípios de proteção ao trabalhador, da liberdade econômica, da autonomia patrimonial e da Supremacia do Interesse Público: uma visão prática.....	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	127
REFERÊNCIAS.....	130

RESUMO: A contratação de recursos humanos, por interposta pessoa, chamada de empresa terceirizada, é algo rotineiro para a Administração Pública. O não pagamento das verbas trabalhistas ocasionam prejuízos aos trabalhadores que ajuízam reclamações contra a empresa e o Estado. Com a procedência do mérito nos processos, a empresa é condenada a pagar as verbas devidas, e o Estado fica subsidiariamente responsável ao respectivo pagamento em caso de inadimplência. Não sendo localizados bens da empresa para pagar o trabalhador, muito menos serão localizados bens para ressarcir os valores despendidos pelo Estado, o qual pagará o débito como devedor subsidiário. Como equacionar esse problema? Como garantir o cumprimento da responsabilidade trabalhista sem que afete o devido processo legal e seja possível a proteção do princípio republicano de proteção ao patrimônio público? Na ótica do presente estudo importa a aplicação, ainda na fase cognitiva do processo, do novel Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto nos artigos 133 a 137 do novo Código de Processo Civil e artigo 855-A da Consolidação das Leis do Trabalho, e seu impacto na satisfação patrimonial ao Ente Público sobre os bens dos sócios da empresa terceirizada. Ainda, na ótica desse trabalho, devem ser aplicadas, de forma analógica, as alternativas que, tanto o Código de Defesa do Consumidor como o Código de Processo Civil conferem para a busca patrimonial em bens dos sócios em caso de dissolução irregular e inadimplemento das verbas trabalhistas. O método a ser utilizado para a realização da Dissertação proposta será o hipotético-dedutivo, sendo feito por meio de pesquisas com base na revisão bibliográfica e na pesquisa jurisprudencial, conceituando e analisando os objetos deste estudo.

PALAVRAS CHAVE: Autonomia patrimonial. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Interesse Público. Princípio Republicano. Terceirização.

ABSTRACT: The hiring of human resources, by an intermediary, called an outsourced company, is something routine for the Public Administration. Failure to pay labor costs causes losses to workers who file claims against the company and the State. With the merit of the lawsuits, the company is ordered to pay the sums due, and the State is subsidiarily responsible for the respective payment in the event of default. Since no company assets are found to pay the worker, much less will be found assets to reimburse the amounts spent by the State, which will pay the debt as a subsidiary debtor. How to solve this problem? How to guarantee the fulfillment of labor liability without affecting the due legal process and the protection of the republican principle of protection of public assets is possible? From the perspective of the present study, it is important to apply, still in the cognitive phase of the process, the novel Institute for Disregarding the Legal Personality provided for in articles 133 to 137 of the new Civil Procedure Code and article 855-A of the Consolidation of Labor Laws, and its impact on equity satisfaction to the Public Entity on the assets of the outsourced company's partners. Still, from the point of view of this work, the alternatives that both the CDC and the CPC provide for the equity search of the partners' assets in case of irregular dissolution and non-payment of labor amounts should be applied in an analogous manner. The method to be used to carry out the proposed Dissertation will be hypothetical-deductive, being done through research based on bibliographic review and jurisprudential research, conceptualizing and analyzing the objects of this study.

KEY WORDS: Patrimonial Autonomy. Legal Personality Disregard Incident. Public interest. Republican principle. Outsourcing.

INTRODUÇÃO

Desde sempre o homem questiona a sua existência e a origem do mundo. A ciência, embora venha desvendando muitos mistérios, ainda não foi capaz de dar uma resposta satisfatória.

As visões religiosas sobre a criação do mundo buscam a resposta sob um olhar “mágico”, em que a figura suprema de um Deus, por ato de vontade, é o criador do universo e dos homens.

Sob o ponto de vista filosófico, chama atenção o pensamento dos gregos, cuja mente racional e lógica, produz um pensamento coerente. Coerente porque a lógica (*logus*) nada mais é do que a compreensão desse pensamento pelo “outro”. Um pensamento lógico é um pensamento compreendido pelo “outro”.

Essa noção grega da formação do universo permite deduzir que para existir há que existir uma lógica, há que existir uma ordem, caso contrário ter-se-ia apenas o caos. Do ponto de vista grego, a existência é ordenada e a inexistência é caótica. Essa ordem, contrária ao caos, chama-se *cosmos*, e até hoje o universo é chamado de *cosmos*.

Procura-se no universo a ordem, e o que rege as leis da natureza são as leis da física. Perceba-se que a visão grega é extremamente racional e a visão filosófica que se tem até os dias de hoje decorre das percepções que os gregos legaram, e a isso chama-se ciência.

Por sua vez, o Direito é a norma dos homens, é um produto cultural, que se estabelece em conformidade e das mais variadas formas, dependendo do tempo e do lugar. Porém, o seu sentido é o mesmo obtido com a sabedoria antiga dos gregos, a busca pela ordem. Uma sociedade sem normas é o caos, inexistente. Por isso, e por outros tantos motivos mais sábios, Direito é ciência.

Com essa ideia de ordem, o presente estudo busca o caminho adequado para resolver uma situação de caos, de desordem, porque o Direito não tolera condutas erradas ou injustas, que desrespeitem a vida do próximo ou que retirem da sociedade aquilo que lhe pertence. A regulação da vida pelo Direito é algo natural, seja estabelecendo os limites legais de atuação do Estado, seja permitindo a liberdade do cidadão e suas complexas relações.

Como toda e qualquer relação social que é tutelada pelo Direito torna-se uma relação jurídica, assim não é diferente nas relações envolvendo as relações

trabalhistas. Com efeito, o labor é atividade que, além de trazer o sustento das famílias, permite conferir o pertencimento social e dignidade ao ser humano.

Porém, a relação entre o Estado e o trabalhador pode ocorrer mediante interposta pessoa, que são as empresas terceirizadas, e esse é o meio pelo qual o Estado vem preenchendo seus quadros de apoio, em especial aqueles que não sejam qualificados como atividades-fim.

Natural, portanto, que o Estado observe as regras preceituadas pela Lei das Licitações. Essa necessidade obriga o Estado, ainda que com todas as cautelas possíveis, a contratar empresas que, na maioria das vezes, são breves em sua existência civil, comercial e fiscal.

Diante dessa situação, vê-se uma infinidade de processos trabalhistas sendo ajuizados, quase que diariamente, em face das Empresas terceirizadas e do Estado tomador dos serviços. Com a procedência do mérito nos processos, a empresa é condenada a pagar as verbas devidas, e o Estado fica subsidiariamente responsável ao respectivo pagamento em caso de inadimplência. Por óbvio, se não forem localizados bens da empresa para pagar o trabalhador, muito menos serão localizados bens para ressarcir os valores despendidos pelo Estado, o qual pagará o débito como devedor subsidiário. Esse fato decorre, na maioria das vezes, pelo lapso temporal havido entre a inicial trabalhista e o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Como equacionar esse problema? Como garantir o cumprimento da responsabilidade trabalhista sem que afete o devido processo legal e seja possível a proteção do princípio republicano de proteção ao patrimônio público?

Perceba-se que o Princípio Republicano, que inspirou os legisladores de praticamente todo ocidente, foi objeto de preocupação do constituinte na criação da Constituição Federal de 1988. Esse princípio de suma importância à sociedade pressupõe um poder geral e majoritário ao povo, destinatário final de todo patrimônio constituído pelo Estado. Assim, é objeto desse estudo a proteção constitucional do patrimônio público como axioma máximo do princípio republicano.

Dessa sorte, importa à presente pesquisa o estudo da aplicação, ainda na fase cognitiva do processo, do novel Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto nos artigos 133 a 137 do novo Código de Processo Civil e artigo 855-A da Consolidação das Leis do Trabalho, e seu

impacto na satisfação patrimonial ao Ente Público sobre os bens dos sócios da empresa terceirizada. Ainda, na ótica desse trabalho, devem ser aplicadas, de forma analógica, as alternativas que, tanto o CDC como o CPC conferem para a busca patrimonial em bens dos sócios em caso de dissolução irregular e inadimplemento das verbas trabalhistas.

A importância do tema proposto se caracteriza porque: a) envolve a proteção do patrimônio público; b) busca referência em princípios constitucionais fundamentais à ordem pública e privada, como por exemplo o princípio da primazia do interesse público, o princípio republicano e o princípio da liberdade econômica; c) pontua a precariedade da terceirização como instrumento para o preenchimento de recursos humanos no âmbito público e privado; d) destaca a importância do Poder Judiciário no momento de harmonizar os interesses envolvidos; e) aponta, como necessário, o aprimoramento das instâncias jurisdicionais trabalhistas quando se depararem com questões que possam, de alguma forma, implicar na flexibilização dos princípios da supremacia do interesse público e da sua indisponibilidade; e) discorre sobre a teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, em especial sua aplicabilidade no Direito do Trabalho, com foco específico no esgotamento da aferição patrimonial da empresa e seus sócios, antes de que se busque a responsabilidade subsidiária do Ente Público; f) analisa essa possibilidade com foco no Novo Código de Processo Civil, que permite seja instaurado o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica na fase cognitiva do processo.

A pesquisa se harmoniza com a linha de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo referente à “Jurisdição Constitucional e Democracia”, na medida em que esta, de forma ampla, estuda, critica reflexivamente, os novos paradigmas do Direito.

Considerando que o objetivo investigatório é a aplicação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, em ações trabalhistas, para fins de resguardar o patrimônio público, sem prejuízo aos direitos concretos dos trabalhadores, a presente dissertação divide-se em três capítulos.

O primeiro dedica-se à terceirização trabalhista, que consiste em um fenômeno a ser observado por três ângulos distintos, o econômico, o social e o jurídico. Igualmente, destaca que o fenômeno da terceirização foi impactante para o mundo dos negócios, porém se tornou a fotografia em cores de um mundo

sem laços ou solidez das relações de trabalho. Por fim, destaca que o fenômeno demanda do Estado-juiz protagonismo para a solução das demandas que dessa relação pouco ortodoxa afloram diariamente.

O segundo tem por objeto a análise do princípio da primazia do Interesse Público e sua normatividade em um Estado racional, gerencial, globalizado e com manifesta carga multicultural, que atualmente se faz presente na maioria dos países democráticos e republicanos, em especial no Brasil.

O terceiro, finalmente, aborda, em tons dogmáticos, o princípio da autonomia patrimonial, da liberdade econômica e o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Finalmente, com uma perspectiva mais prática decorrente da inter-relação justralhista de terceirização de recursos humanos entre Estado, Trabalhador e Empresa, buscou-se demonstrar a necessidade republicana de se descortinar o véu que cobre a pessoa jurídica da empresa terceirizada, para fins de evitar lesão ao patrimônio e interesse público.

O método a ser utilizado para a realização da Dissertação proposta será o hipotético-dedutivo, sendo feito por meio de pesquisas com base na revisão bibliográfica e na pesquisa jurisprudencial, conceituando e analisando os objetos deste estudo.

Em conclusão entendeu-se pela admissão do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica provocado pelo Estado, nos casos em que haja nítida comprovação de abuso da personalidade jurídica da empresa terceirizada, como defesa republicana do patrimônio público.

1. A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO TRABALHISTA

Não por acaso o começo deste capítulo passa pela necessidade de se averiguar o conceito do instituto da terceirização da relação de trabalho. É tarefa quase impossível estudar-se qualquer disciplina se em seu início não sejam apreciados os seus nuances iniciais, básicos, e que determinarão a solidez da pequena obra a qual está-se propondo realizar.

Nesse sentido inspiram as palavras proferidas pelo Professor Tercio Sampaio Ferraz Jr. na abertura de sua Introdução ao Estudo do Direito:

Pode-se perceber, destarte, que um livro de Introdução ao Estudo do Direito é uma obra complexa, que exige, ao mesmo tempo, o conhecimento técnico do instrumental conceitual do direito, a experiência da vida jurídica, a intuição de suas raízes psíquicas, sociais, econômicas, culturais, religiosas, a memória de seus eventos históricos, tudo trazido numa forma concertante, didaticamente acessível e pedagogicamente formativa. Corre-se, por isso, sempre, o risco da superficialidade e da incompreensão, pois é preciso ensinar a estudar o direito, transmitindo um saber obviamente ainda desconhecido sobre um objeto ainda informe. Ou seja, há de se ir dizendo as coisas do direito sem poder pressupor que elas já sejam conhecidas. Simultaneamente, porém, é impossível falar sobre o direito sem usar os termos que, tecnicamente, o constituem. O estudante deve, assim, ter paciência, não pretender encontrar num livro só tudo o que necessita. Lembrar-se de que uma Introdução é apenas uma abertura, que deve levar-nos a ampliar nosso universo e nunca a reduzi-lo a esquemas simplificados. Um livro de Introdução é, pois, somente um roteiro, nunca uma obra acabada¹.

Justamente, o sentido de se conceituar um instituto torna-se necessário como técnica para estabelecer uma conexão com o leitor, de sorte a poder inseri-lo aos poucos dentro do contexto científico que se pretende demonstrar. E há que se contar com a paciência daquele que já o domina, a fim de que o caminhar seja unívoco, tranquilo ou poético, como uma estrada reta, repleta de árvores ao seu entorno em um por de sol que projeta suas sombras ao chão, e que impele o leitor para a busca do desconhecido.

René Descartes, em 1637 elabora, solitário em um quartel do exército alemão, a sua obra máxima. O *Discurso do Método* é uma obra reflexiva em que o autor, insatisfeito consigo mesmo e duvidando de todo conhecimento que

¹FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão dominação**. 4ª ed. Editora Atlas, 2003, p. 22.

amealhara durante anos de estudo chegou a uma consciência clara de que todo seu estudo pouco lhe ajudara a distinguir o verdadeiro do falso.

Para ele, o avanço no verdadeiro conhecimento deveria ser obtido lentamente, ou seja, somente os que andam devagar podem avançar bem mais, se continuarem sempre pelo caminho reto, do que aqueles que correm e dele se afastam².

Para tanto elabora um método, a fim ajudá-lo na percepção verdadeira das suas reflexões, e que se estabelece em quatro preceitos básicos. O primeiro, de nunca aceitar algo como verdadeiro que não se possa conhecer claramente como tal; o segundo, de repartir cada uma das dificuldades que se analisasse, em tantas parcelas quantas fossem possíveis e necessárias a fim de melhor solucioná-las; terceiro, que se inicie pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para chegar-se, pouco a pouco, como galgando degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e presumindo até mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros; quarto e último, de efetuar em toda parte relações metódicas tão completas e revisões tão gerais nas quais fosse possível a certeza de nada omitir³.

Do geral para o particular, lentamente, como preferia o filósofo, será estudado o conceito de terceirização das relações de trabalho, sua análise fenomenológica e sua normatividade, no âmbito do Administração Pública.

1.1 Conceito e linhas gerais

Não é exagero ou preciosismo construir a moldura a qual será alocada a obra. Assim, para definir-se um conceito de terceirização, dentro do objeto deste estudo, é preciso entender, também, e por início, que o fenômeno da terceirização é bastante novo em face dos elementos tradicionais que perfazem a relação de emprego.

Enquanto o primeiro é um fenômeno relativamente recente, ou pelo menos ressurgiu de maneira significativa no final do século XX, o segundo vem sendo estudado desde o final do século XIX, ou seja,

² DESCARTES, Rene. **O Discurso do método**. Editora Acrópolis, 2013, p. 6.

³ Idem, pp. 15-16.

quase um século de análise científica sobre o trabalho assalariado e seus reflexos no mundo jurídico⁴.

Esse novo fenômeno pode ser observado, dentre outros, sob três ângulos distintos, isto é, sob o aspecto econômico, social e jurídico.

Dito de outra maneira, o instituto da terceirização constitui-se, primeiro, como um método de organização empresarial, com vistas ao desenvolvimento econômico da empresa, mediante a captação de mão de obra para atividades-meio e, temporariamente, para atividades-fim da empresa. Igualmente, a terceirização possibilita o aumento da competitividade da empresa, com a redução dos custos fixos decorrente de mão-de-obra que não é imprescindível ao objetivo final do empreendimento. Segundo, a partir da visível flexibilização e precarização dos direitos trabalhistas observa-se nítido retrocesso dos direitos sociais dos trabalhadores, sob a justificativa de que são medidas necessárias à geração de empregos formais – velha promessa liberal do pleno emprego -.

De fato, as novas alterações na legislação do trabalho temporário permitiram a terceirização quase ilimitada de serviços, quando autoriza de certa maneira que haja o trespasse tanto das atividades-meio quanto das atividades-fim das empresas. Pode-se aferir, desse novo regramento, três consequências básicas: primeiro o enriquecimento do capital às custas do trabalho; segundo um custo econômico adicional aos trabalhadores, pois as empresas terceirizadas, em sua grande maioria, desaparecem e deixam de pagar verbas trabalhistas devidas; terceiro o fenômeno não implica necessariamente no aumento ou na disponibilidade direta de novos empregos. Ao contrário, a terceirização pode ser responsável pela redução de empregos, na medida em que amplia a jornada dos trabalhadores. Explica-se, os terceirizados realizam uma jornada semanal de, em média, três horas a mais do que a dos empregados diretos:

Em relação à jornada de trabalho contratada, esse grupo de trabalhadores realiza uma jornada de 3 horas a mais semanalmente, sem considerar horas extras ou banco de horas realizadas, que não são objeto do levantamento do MTE (Ministério do Trabalho e Emprego) - outra limitação das estatísticas oficiais brasileiras. Se a jornada dos trabalhadores em setores tipicamente terceirizados fosse igual à jornada de trabalho daqueles contratados diretamente, seriam criadas 882.959 vagas de trabalho a mais. Isto, sem considerar hora

⁴ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. Editora LTR, São Paulo, 2014, p. 401.

extra, banco de horas e o ritmo de trabalho que, como relatado pelos dirigentes sindicais, são maiores e mais intensos entre os terceiros. O tempo de emprego demonstra uma diferença ainda maior entre trabalhadores diretos e terceiros. Enquanto a permanência no trabalho é de 5,8 anos para os trabalhadores diretos, em média, para os terceiros é de 2,7 anos. Esse fato decorre da alta rotatividade dos terceirizados - 64,4% contra 33% dos diretamente contratados. Apesar de ter ocorrido uma alta geral da rotatividade - outro fenômeno abusivo do mercado de trabalho nacional - a taxa teve um aumento de 19,5 pontos percentuais entre os terceiros, quando observamos o estudo realizado em 2010 (Gráfico 2). Esse fato tem uma série de consequências para o trabalhador, que alterna períodos de trabalho e períodos de desemprego, resultando na falta de condições para organizar e planejar sua vida, inclusive para projetos pessoais como formação profissional. Tem, também, um rebatimento sobre o FAT (Fundo de Amparo do Trabalhador), uma vez que essa alta rotatividade pressiona para cima os custos com o seguro desemprego⁵.

Finalmente, sob o ângulo do Direito, o fenômeno sempre teve um tratamento insuficiente por parte do legislador. Coube, destarte, à Justiça do Trabalho interpretar, orientar e inovar ao criar normas específicas para esse tipo de relação de emprego. Portanto, as consequências jurídicas da terceirização sempre dependeram das condutas adotadas pelas partes integrantes da relação jurídica e das proposições legais disponíveis⁶.

Dizendo de outra maneira, a normatividade emanada pode ter caráter geral e objetivo, se decorrente de lei específica, ou pode ter um caráter individual e restrito, se emanada por órgão investido em função jurisdicional. Mas o fato incontestado é que, enquanto não houver legislação que regule de forma uniforme o tema, é preciso conviver com um conjunto de leis esparsas e orientações jurisprudenciais e deles retirar as linhas gerais que serão utilizadas pelos órgãos jurisdicionais na criação de normas jurídicas para os casos concretos.

Como visto alhures, pode-se afirmar que a terceirização é um acontecimento fático que produz efeitos no mundo empresarial, social e jurídico, porque consiste na contratação de serviços por meio de empresa intermediária, ou melhor, empresa interposta entre o tomador de serviços e o prestador de mão-de-obra, mediante um contrato de prestação de serviços. A relação de emprego se faz entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, mas não diretamente com o contratante (tomador) destes, desafiando a concepção

⁵ CUT. **Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha**, 2014, p. 15. Disponível em [Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf \(cut.org.br\)](#). Acesso em 15 de março de 2021.

⁶ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho** – I. Editora LTR, São Paulo, 2014, p. 403.

tradicional de relação de emprego adotada desde sempre pelo Direito do Trabalho.

Sob o ponto de vista administrativo, é um procedimento que possibilita estabelecer um processo gerenciado de transferência de mão de obra para terceiros, permitindo a empresa concentrar-se na sua atividade principal. Em outras palavras, terceirização significa atribuir a empresas independentes, isto é, a terceiros, processos auxiliares à atividade principal de uma empresa⁷:

(...) é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhista, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista, o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes, a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

O avanço do processo de terceirização no mercado de trabalho brasileiro das últimas décadas tem desafiado a hegemonia da fórmula clássica de relação empregatícia bilateral, expressa nos arts. 2º, caput, e 3º, caput, da CLT⁸.

A palavra “terceirização” é uma derivação da palavra terceiro, dando-lhe sentido novo e diferente do que tradicionalmente sempre foi usado pelo Direito. Isto é, para o Direito terceiro é sempre alguém que não faz parte de determinada relação jurídica, ao passo que para compreensão do significado da expressão “terceirização” é necessário que esse terceiro seja parte na relação jurídica, há uma relação jurídica triangular, na espécie:

Como não há um conceito legal de terceirização, uma vez que este é oriundo da ciência da administração, cada doutrinador apresenta uma definição diferente para este fenômeno.

Aliás, terceirização é um neologismo, proveniente da palavra “terceiro”, entendido como intermediário, interveniente. Não se refere, pois, ao sentido jurídico de “terceiro”, ou seja, aquele que é estranho a uma relação jurídica. Ao contrário, aqui o “terceiro” é parte na relação jurídica obrigacional instaurada, na medida em que ele será o prestador

⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 8.ª ed., 2017, Editora Positivo, Curitiba, p. 735.

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. Ed. São Paulo: LTr, 2014, pp. 452-454.

do serviço, sendo remunerado pelo tomador do serviço, pela atividade realizada.

Para Dinorá Grotti, a terceirização é a contratação, por uma dada empresa de serviços de terceiros para a execução de atividades-meio da empresa tomadora. Este fenômeno pode dar-se nas empresas privadas e na Administração Pública.

Logo, estar-se-ia diante de uma relação trilateral, composta pelo trabalhador, o intermediador de mão-de-obra e o tomador de serviços: o trabalhador presta serviços que serão aproveitados pelo tomador, mas quem lhe dirige e assalaria é o intermediador de mão de obra, com o qual contrata e recebe a remuneração do tomador⁹.

Para a Ciência da Administração, a terceirização possui uma conotação econômica pois visa à redução de custos, bem como a especialização das atividades empresariais, na medida em que permite a maior concentração da empresa em sua atividade principal (focalização), para o qual foi estabelecida, trespassando, principalmente, a outras empresas tanto as atividades-meio como, eventual e temporariamente, as atividades-fim^{10,11}

Logo, a essência da terceirização é repassar para outro (s) algumas ou todas as atividades acessórias da empresa, de modo que ela possa se dedicar integralmente ao escopo de sua criação.

O sincretismo entre a economia e administração é necessário para a compreensão desse fenômeno, que surge como essencial para aumentar a eficiência da *firma* reduzindo seus custos de transação, transferindo etapas da produção para outros agentes que normalmente são especializados naquela etapa produtiva:

Tradicionalmente, a atividade desenvolvida por agentes econômicos, que ora chamamos de empregadores, sempre foi centralizada, ou seja, as etapas produtivas transcorriam internamente, arcando as empresas não só com todos os custos operacionais e de infraestrutura, como

⁹ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Terceirização na Administração Pública**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/5/edicao-1/terceirizacao-na-administracao-publica>. Acesso em 02 de setembro de 2020, p. 7.

¹⁰ Nesse sentido, vide-se a Lei nº 13.429 de março de 2017, 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.

¹¹ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. Editora Malheiros, São Paulo: 2014, p. 21.

também de gestão. Esse modelo de produção convencionou-se chamar fordismo¹².

A primeira noção de custos de transação remonta às importantes contribuições de Ronald Coase em seu clássico artigo *The Nature of the Firm*, de 1937, resultado de seu esforço em integrar elementos institucionais da economia capitalista à teoria econômica tradicional. Seu estudo acerca da criação e expansão das firmas e da organização dos mercados foi motivado por um questionamento fundamental não respondido pela teoria neoclássica. Tratava-se das razões pelas quais a empresa internaliza atividades que poderia obter a um custo inferior no mercado, supondo a existência de ganhos de eficiência provenientes da divisão do trabalho¹³.

O modo como a indústria se organiza depende da relação entre os custos de realização de transações no mercado e os custos de organizar as mesmas operações dentro daquela firma que possa realizar essa tarefa com o menor custo¹⁴.

Dentro da perspectiva da Teoria dos Custos de Transação, em que aborda a perspectiva de maximização da eficiência, a fim de minimizar os custos de produção e transação, engendra-se a terceirização, em que a *firma* externaliza uma atividade-meio, ou temporariamente algumas atividades-fim, com o intuito de reduzir seus custos para obter maior competitividade no mercado.

Sinale-se que essa maior competitividade empresarial se acentua a partir da metade do século XX, em que a evolução da tecnologia em geral, das comunicações, dos meios de transporte, a modificação das relações sociais, o crescimento das empresas transnacionais e o capitalismo volátil, começam a globalizar e modificar as relações entre Empresas, Estados e pessoas.

Por sua vez, a globalização, o individualismo e o consumo desmedido, estimulados por um capitalismo desenfreado e (in)diferente, fragmentam a sociedade e as famílias, comprometem a própria existência do Estado como agente equalizador das injustiças sociais, da pobreza extrema, e causam a desnaturalização das relações produtivas, ou seja:

¹² Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5685**. Relator: Min. Gilmar Mendes, p. 9.

¹³ SARTO, V. H. R.; DE ALMEIDA, L. T. **A teoria dos custos de transação: uma análise a partir das críticas evolucionistas**. Revista Iniciativa Econômica, v. 2, n. 1, 2015, p. 3.

¹⁴ Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 5685**. Relator: Min. Gilmar Mendes, p. 8.

(...) o modelo de internalização das etapas produtivas passa a ceder espaço para um modo descentralizado, externalizado, de produção. Na verdade, os novos modos de produção são só mais um viés das revoluções culturais pelas quais temos passado com uma frequência assustadora. É, portanto, no contexto desses “ tempos líquidos ”, na expressão cunhada por Zygmunt Bauman, que devemos discutir o problema. Como assevera o autor, vivemos a passagem de uma fase “sólida” para uma fase “líquida” de modernidade, em que “as formas sociais (estruturas que limitam escolhas individuais, instituições que guardam repetições de rotinas, padrões de comportamento aceitáveis) não podem mais (e não se espera isso delas) manter o seu formato por muito tempo, porque elas se decompõem e derretem mais rapidamente do que o tempo necessário para moldá-las (Zygmunt Bauman, Liquid Times , ebook, tradução livre)”¹⁵.

Essas questões acabam refletindo, inexoravelmente, nas políticas de trabalho e de previdência social. Com efeito, se os direitos individuais de primeira geração foram a preocupação principal das revoluções burguesas iniciadas a partir do século XVI, e até hoje são objeto de um constitucionalismo atencioso com os limites do Estado em relação ao indivíduo, o mesmo não se pode dizer dos direitos de segunda geração, chamados de direitos sociais.¹⁶

Com a evolução da experiência democrática, os direitos chamados de segunda geração começam a constar nos textos constitucionais de uma grande parte de Estados-nações. Os direitos sociais foram, primeiramente, estabelecidos pelas constituições Mexicana em 1917 e de Weimar em 1919, sendo positivados no âmbito internacional em 1948 por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e mais tarde detalhados no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966.

As Constituições mexicana de 1917 e a alemã de Weimar de 1919, esta última fruto do acordo entre partidos políticos de classes médias e partidos trabalhistas, foram as primeiras a prever, de modo expresso, a intervenção do Estado nos domínios social e econômico. Também a Constituição brasileira de 1934, que teve vida curta, tendo sido revogada em 1937, seguindo esta tendência, estabelecia amplas disposições que possibilitavam a intervenção estatal.

Foi nessa época que se forjou a expressão Estado Social, por inspiração, como já assinalado no início deste capítulo, do jurista alemão Hermann Heller, como indicativo de um modelo de intervenção

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5685**. Relator: Min. Gilmar Mendes, p. 8.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Editora Elsevier, Rio de Janeiro, 2004, p. 9.

pública que garantia não só a liberdade mas também uma adequada condição social e econômica aos cidadãos¹⁷.

Nos Estados centrais europeus muitos direitos sociais conseguem ser implementados com ações bem desenvolvidas em áreas como saúde, educação, meio ambiente, habitação, assistência social, lazer, transporte e segurança, ou seja, contemplando o ideal de boa vida¹⁸. No Brasil, entretanto, somente algumas experiências sociais foram implementadas com algum sucesso, como por exemplo a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas, Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.

Dito de outra maneira, o reconhecimento dos direitos sociais nunca foi algo fácil, em que, num piscar de olhos, a humanidade passasse a dotar as suas organizações sociais de um equilíbrio harmonioso. Basta ver que os ordenamentos constitucionais contemporâneos somente começaram a reconhecer os direitos sociais recentemente, em decorrência de um longo processo histórico de muito sofrimento e luta. As dificuldades das pessoas humildes e trabalhadores sem direitos ocasionaram o início de um movimento social, cujo desiderato foi (e ainda é) a redução das demandas sociais e a promoção da justiça e da dignidade do ser humano.

Essa questão não passa despercebida pelo Professor Ferrajoli ao lecionar que:

[...] Por lo demás, también históricamente ninguno de estos derechos —de la libertad de conciencia a las demás libertades fundamentales, de los derechos políticos a los derechos de los trabajadores, de los derechos de las mujeres a los derechos sociales— ha caído del cielo, sino que han sido conquistados mediante luchas de sujetos débiles que, con sus reivindicaciones en nombre de la igualdad, desvelaron y contestaron precedentes opresiones o discriminaciones hasta entonces concebidas y percibidas como naturales o normales y como tales puestas en práctica por iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales.¹⁹

No Brasil, muitos direitos sociais foram normatizados na Constituição de 1988. Porém, atualmente, em razão da continuidade de uma política (neo) liberal, que inverte a ordem do Estado de bem-estar, os direitos sociais estão em franco

¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2ª ed., 9ª reimpr. Editora Juruá, Curitiba, 2012, pp. 223-224.

¹⁸ Idem, p. 229.

¹⁹ FERRAJOLLI, Luigi. **Manifiesto por la Igualdad**. Editora Trotta, Madrid, 2019, p. 23.

momento de retrocesso. Ou seja, o retorno ao capitalismo liberal com suas características ideológicas de individualismo e livre mercado transmite a ideia de que os direitos sociais são os responsáveis pela suposta crise fiscal e econômica do Brasil. Esse discurso afeta a concretização e aplicação dos direitos sociais e as políticas públicas de uma maneira geral.

Veja-se que a partir da 1970, com a crise do petróleo, surgem as primeiras ondas neoliberais (privatizantes); afinal, é chegado o momento de pagar a conta de um período – iniciado com a segunda revolução industrial – em que muitas Nações buscaram tornar realidade os direitos chamados de segunda geração.

Porém, a diminuição do Estado de lá para cá é a tônica, passando para a iniciativa privada grande parte dos serviços que prestava ao cidadão. Na tentativa de um Estado diminuto e globalizado, em que as pessoas não são mais cidadãos, mas consumidores, encontra-se um mundo individualista e precário, com a desintegração dos laços humanos, uma vez que a tarefa de consumir é irremediavelmente solitária. Não à toa que na década de 90 a grande preocupação, no Brasil, foi a regulação do consumo, por meio da Lei n.º 8.078/90.

Por sua vez, Bauman percebe, como poucos, essas transformações no mundo moderno, com a passagem do capitalismo pesado ao leve e da modernidade sólida à fluida ou liquefeita.²⁰

Historicamente, com a decadência do modo de produção feudal a população de origem rural começou a se reunir e formar centros urbanos, dando origem aos primeiros “burgos”, período em que começa a se consolidar atividades mercantis.

Após a fase mercantilista do Estado Absoluto, inicia-se uma nova etapa dos Estados, conhecida como modernidade, caracterizada pela industrialização e pelo capitalismo liberal, tendo como berço a Inglaterra.

Com o passar do tempo, desde o século XIX até a primeira metade do século XX, o Estado liberal cede lugar ao Estado social ou Estado democrático, que rompe com a concepção meramente liberal de Estado, sua percepção individualista de sociedade e, por consequência, seu abstencionismo econômico. Nesse período a concepção formal de igualdade cede lugar a uma

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Editora: Zahar, Rio de Janeiro, 2001. Tradução Plínio Dentzien, p. 191.

concepção ativa de tutela aos segmentos mais frágeis da sociedade. É uma concepção material de igualdade marcada não mais pelo abstencionismo estatal, mas por uma maior intervenção estatal na economia.

Havia um consenso geral, contudo, de que o Estado de bem-estar era um dispositivo destinado a atacar as anomalias, impedir afastamentos da norma e diluir as consequências das rupturas desta, se estas ainda assim acontecessem. A própria norma, quase nunca posta em questão, era o mútuo engajamento direto, face a face, de capital e trabalho, e a resolução de todas as questões sociais importantes e constrangedoras no marco desse engajamento.²¹

Não à toa que o *welfare state* encontrou seus limites no início da década de 70, período a partir do qual o sistema produtivo experimenta um aprofundamento tecnológico imenso, que implicou em novas formas de produção de riquezas e consumo. As sociedades se afastaram, portanto, daquela primeira fase da modernidade (que ele chamou de “modernidade sólida”) e agora se encontram num período da história chamado de “modernidade líquida”:

[...] Os tempos modernos encontraram os sólidos pré-modernos em estado avançado de desintegração; e um dos motivos mais fortes por trás da urgência em derretê-los era o desejo de, por uma vez, descobrir ou inventar sólidos de solidez *duradoura*, solidez em que se pudesse confiar e que tornaria o mundo previsível e, portanto, administrável. Os primeiros sólidos a derreter e os primeiros sagrados a profanar eram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações que atavam pés e mãos, impediam os movimentos e restringiam as iniciativas. **Para poder construir seriamente uma nova ordem (verdadeiramente sólida!) era necessário primeiro livrar-se do entulho com que a velha ordem sobrecarregava os construtores. “Derreter os sólidos” significava, antes e acima de tudo, eliminar as obrigações “irrelevantes” que impediam a via do cálculo racional dos efeitos; como dizia Max Weber, libertar a empresa de negócios dos grilhões dos deveres para com a família e o lar e da densa trama das obrigações éticas: ou, como preferiria Thomas Carlyle, dentre os vários laços subjacentes às responsabilidades humanas mútuas, deixar restar somente o “nexo dinheiro”. Por isso mesmo, essa forma de “derreter os sólidos” deixava toda a complexa rede de relações sociais no ar — nua, desprotegida, desarmada e exposta, impotente para resistir às regras de ação e aos critérios de racionalidade inspirados pelos negócios, quanto mais para competir efetivamente com eles²². (Grifou-se)**

²¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Editora: Zahar, Rio de Janeiro, 2001. Tradução Plínio Dentzien, p. 168.

²² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Editora: Zahar, Rio de Janeiro, 2001. Tradução Plínio Dentzien, p. 10.

Esse novo período é marcado pela incerteza e pela mudança, que atingem a sociedade em nível global, além do nível das experiências individuais. Assim é que Zygmunt Bauman utiliza o termo “líquido” como uma poderosa metáfora da vida contemporânea: ela é móvel, fluida, maleável, amorfa, sem um centro de gravidade e difícil de conter e prever²³.

A modernidade líquida, como estágio evolutivo da civilização ocidental, é uma expressão linguística que busca explicar um mundo moderno imprevisível, cheio de incertezas e riscos, que minou as certezas dos indivíduos quanto ao emprego, à educação e ao bem-estar:

As imagens de uma sociedade feliz pintadas em muitas cores e por muitos pincéis no curso dos dois últimos séculos provaram-se sonhos inatingíveis ou (naqueles casos em que sua chegada foi anunciada) impossíveis de viver. Cada forma de projeto social mostrou-se capaz de produzir tanto tristeza quanto felicidade, senão mais. Isso se aplica em igual medida aos dois principais antagonistas – o hoje falido marxismo e o hoje esperançoso liberalismo econômico²⁴. [...]

Quaisquer que tenham sido as virtudes que fizeram o trabalho ser elevado ao posto de principal valor dos tempos modernos, sua maravilhosa, quase mágica, capacidade de dar forma ao informe e duração ao transitório certamente está entre elas. Graças a essa capacidade, foi atribuído ao trabalho um papel principal, mesmo decisivo, na moderna ambição de submeter, encilhar e colonizar o futuro, a fim de substituir o caos pela ordem e a contingência pela previsível (e, portanto, controlável) sequência dos eventos. Ao trabalho foram atribuídas muitas virtudes e efeitos benéficos, como, por exemplo, o aumento da riqueza e a eliminação da miséria; mas subjacente a todos os méritos atribuídos estava sua suposta contribuição para o estabelecimento da ordem, para o ato histórico de colocar a espécie humana no comando do seu próprio destino.²⁵

Como parte desse processo, o trabalho estável e permanente – que caracterizava a modernidade sólida – tem sido substituído por contratos empregatícios temporários, usados sobre uma força de trabalho cada vez mais

²³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Editora: Zahar, Rio de Janeiro, 2001. Tradução Plínio Dentzien, p. 9.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Editora: Zahar, Rio de Janeiro, 2001. Tradução Plínio Dentzien, p. 154.

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Editora: Zahar, Rio de Janeiro, 2001. Tradução Plínio Dentzien, p. 157.

móvel. Intimamente relacionados a essa instabilidade ocupacional estão o inconstante papel e a natureza da educação.

A passagem do capitalismo pesado ao leve e da modernidade sólida à fluída ou liquefeita é o quadro em que a história do trabalho está sendo escrita, e, nos tempos atuais, a troca de ocupação é rotineira e a noção de “emprego para a vida toda”, típica da era da modernidade sólida, tornou-se irrealista e inalcançável.

(...). No mundo do desemprego estrutural ninguém pode sentir-se verdadeiramente seguro. Empregos seguros em empresas seguras parecem parte da nostalgia dos avós; nem há muitas habilidades e experiências que, uma vez adquiridas, garantam que o emprego será oferecido e, uma vez oferecido, será durável. Ninguém pode razoavelmente supor que está garantido contra a nova rodada de “redução de tamanho”, “agilização” e “racionalização”, contra mudanças erráticas da demanda do mercado e pressões caprichosas, mas irresistíveis de “competitividade”, “produtividade” e “eficácia”. “Flexibilidade” é a palavra do dia. Ela anuncia empregos sem segurança, compromissos ou direitos, que oferecem apenas contratos a prazo fixo ou renováveis, demissão sem aviso prévio e nenhum direito à compensação. Ninguém pode, portanto, sentir-se insubstituível – nem os já demitidos nem os que ambicionam o emprego de demitir os outros. Mesmo a posição mais privilegiada pode acabar sendo apenas temporária e “até disposição em contrário”²⁶.

A prática do *downsizing* ou *rightsizing* das firmas tornou-se cada vez mais comum, já que capacita as empresas a continuar financeiramente competitivas no mercado global, ora para a redução da força de trabalho, a qual pode ser temporária ou permanente, objetivando a redução significativa no custo da mão de obra; ora para passar por uma reestruturação a fim de maximizar a eficiência operacional, otimizando o número de colaboradores e posições gerenciais a fim de tornar a organização mais eficiente e lucrativa.

Como parte desse processo, o trabalho estável e permanente – que caracterizava a modernidade sólida – tem sido substituído por contratos empregatícios temporários, suspensões de contratos de trabalho, e terceirizações que podem ocorrer de duas formas não excludentes:

Na primeira, a empresa abandona a produção de bens e serviços empregados em sua atividade-fim e passa a adquiri-los de outra (s) empresa (s), gerando, desta forma, a desativação – parcial ou total – de seções que dantes funcionavam no interior da empresa. A outra forma é a contratação de uma ou mais empresas para realizar, dentro da “empresa-mãe”, atividades anteriormente executadas por

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Editora: Zahar, Rio de Janeiro, 2001. Tradução Plínio Dentzien, p. 185.

trabalhadores contratados diretamente. Essa segunda forma de terceirização pode referir-se tanto a atividades-fim como a atividades-meio²⁷.

Portanto, se o fenômeno da terceirização foi impactante para o mundo dos negócios e se tornou a fotografia em branco e preto de um mundo sem laços ou solidez das relações de trabalho, por outro lado demanda do Estado-juiz protagonismo para a solução das demandas que dessa relação pouco ortodoxa afloram diariamente.

E não são pouco os problemas. O resultado da precarização dos direitos trabalhistas, que decorrem desse tipo de relação, acaba desembocando no Poder Judiciário, que se vê obrigado, ante a multiplicidade de situações fáticas distintas e a ausência de legislação clara sobre o assunto, a “criar” normas para estabelecer os limites e responsabilidades dos entes que adotam a terceirização como meio de contratação de mão-de-obra. Como um bom exemplo, ao lado das diversas decisões que existem nesse cenário, é a Súmula 331 do e. Tribunal Superior do Trabalho:

SÚMULA 331 TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

²⁷ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. Editora Malheiros, São Paulo: 2014, p. 22.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral²⁸.

Ao trabalho, como bem observou Bauman, são atribuídas muitas virtudes e efeitos benéficos, como por exemplo o aumento da riqueza, a eliminação da miséria e, a mais impressionante característica, colocar a espécie humana no comando de seu próprio destino²⁹.

Há que se perceber, dessa sorte, que a flexibilização e precarização dos direitos trabalhistas, que com eles traz junto o fenômeno da terceirização, é produto desta modernidade líquida, desse capitalismo leve, sem vínculos, individualista, pouco solidário, que gera inseguranças e incertezas de uma boa vida para o futuro.

Não à toa, a necessidade de concreção efetiva dos direitos sociais é motivo de preocupação do Professor Ferrajoli, no sentido de que somente dando dignidade ao homem é possível sanar as desigualdades existentes na sociedade:

La primera implicación, a través de la valorización de las diferencias y de la reducción de las desigualdades, se refiere al nexo entre igualdad y dignidad de las personas. Las diferencias, nos dice nuestra definición, deben ser tuteladas y valorizadas porque forman un todo con el valor y la identidad de las personas; de modo que el igual valor asociado a ellas, según el artículo 3,1 de la Constitución italiana, no es otra cosa que la «igual dignidad social» de las personas. Por el contrario, añade nuestra definición, las desigualdades deben ser eliminadas o reducidas porque, como dice el apartado segundo del mismo artículo, son otros tantos «obstáculos» al «pleno desarrollo de la persona humana» y por eso a la dignidad de la persona³⁰.

Ver-se-á, no item abaixo, como a terceirização ocorre no País, especialmente sob o ângulo jurídico, isto é, como o ordenamento jurídico e a jurisprudência percebem e normatizam o fenômeno.

1.2 A terceirização e o Ordenamento Jurídico

²⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula 331**.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Editora: Zahar, Rio de Janeiro, 2001. Tradução Plínio Dentzien, p. 157.

³⁰ FERRAJOLLI, Luigi. **Manifiesto por la Igualdad**. Editora Trotta, Madrid, 2019, p. 9.

O homem, concebido de uma estrutura frágil, naturalmente criada para ser finita, habita em um mundo hostil, e nele terá de fazer sua caminhada. Por ser difícil essa jornada sente a necessidade de dividir o projeto de sua existência com outros seres humanos. Mas, paradoxalmente, o ser humano igualmente sente-se autônomo, único e eterno³¹.

Percebendo essa realidade multifária e complexa, o homem sentiu a necessidade de engendrar normas voltadas para mediar essa conflitividade, como a religião, a moral, a ética, dentre outras. Contudo, nenhuma dessas classes de normas foi suficiente para mantê-lo razoavelmente equilibrado na sua tentativa de interação social. Foi necessário erigir normas mais fortes, dotadas de uma cogência absoluta, que seriam as normas jurídicas e, para eficacizá-las, criou o Estado, a instanciação política do homem³².

Em todo corpo social, em qualquer âmbito, seja no seio da família, seja num círculo de amigos, no local de trabalho, na religião, ou no comportamento do ser humano com relação ao Estado, existem regras. Sem elas a convivência social é inimaginável. Estabelece-se assim uma ordem, mas nem sempre é a ordem que todos aceitam ou entendem a mais conveniente, mas sempre um sistema de regras e princípios jurídicos aplicado, em caráter comum, às atividades privadas dos cidadãos e às atividades públicas do Estado.

Há, portanto, em sociedade, em suas relações, regras de conduta complexas às quais os seres humanos naturalmente aderem, e que atuam intensamente na existência de cada um. E a vida, como a conhecemos, desenvolve-se absorvida em um universo de normas, razão pela qual Bobbio acentua com sua preciosa pena:

A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas. Acreditamos que somos livres, mas na realidade, estamos envoltos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção nossas ações³³.

³¹ SILVA, Paulo Rogério Bueno da; MOREIRA, Syrio Junior Cavagnoli; FRITZ, Karen Beltrame Becker. **Uma breve ideia de justiça do ordenamento social: um olhar sobre a importância da Análise Econômica do Direito**. Jurisdição constitucional, democracia e relações sociais [recurso eletrônico] : socioambientalismo e políticas públicas / organizadores Liton Lanes Pilau Sobrinho, Paulo Márcio Cruz, Fabiola WustZibetti - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2020. Livro eletrônico, p. 28.

³² Idem, p. 28.

³³ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Editora Edipro, São Paulo, 2019. Tradução Ariani Bueno sudatti; Fernando Pavan Baptista, p. 25.

Todo esse conjunto de regras que dá cor à vida das pessoas possui variadas matizes, mas apenas as jurídicas apresentam um traço comum, porque são proposições – *dever-ser* - que têm o poder de produzir efeitos sobre os seres ou sobre as coisas, e determinar um comportamento específico do indivíduo, de grupos de pessoas ou do próprio Estado, no tocante a uma proposição de rumos, sob pena de determinada consequência – sanção -.

Desde que Kelsen canonizou a sua concepção positivista para a Ciência do Direito, estuda-se que a ordem jurídica é, principalmente, um sistema dinâmico de normas, e não há como negar a sua preciosa contribuição ao estabelecer uma unidade lógica para essa ordem jurídica.

O olhar para a ciência positiva do Direito, então, vai recair para a validade da norma por meio de um escalonamento linear em que uma norma tem a qualidade ou condição de produzir os efeitos dela esperados na exata medida em que foi criada, com a observância de todas as determinações e formalidades estabelecida ou permitida por outra norma hierarquicamente superior.

Ademais, Kelsen formula em sua doutrina que não é o objetivo da ciência positiva do Direito perquirir-se sobre a justiça ou injustiça de uma norma apenas por seu conteúdo – justificção ético-política do Direito – essa preocupação cabe ao Poder Legislativo ao emanar as regras jurídicas que compõem o ordenamento³⁴.

A estrutura da ordem jurídica, portanto, é uma construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras, em que uma norma do escalão superior determina a criação da norma do escalão inferior. Por essa singela razão tem-se que as normas produzidas pelo Estado somente terão validade se estiverem em conformidade com o disposto na norma hierarquicamente superior, e, em última instância, em uma “norma hipotética” que fundamenta a Constituição escrita.

[...] A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de

³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. Editora Martins Fontes, São Paulo. 8ª edição, 2020. Tradução João Baptista Machado, pp. 242-246.

acordo com outra norma se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora³⁵.

Kelsen buscou esclarecer, na perspectiva epistemológica de sua Teoria Pura do Direito, que a validade, ou seja, a resposta para a questão de saber porque as normas de um ordenamento jurídico devem ser observadas e aplicadas, está, em última análise, na norma fundamental pressuposta, segundo a qual deve-se agir em harmonia com uma Constituição efetivamente posta e “globalmente” eficaz³⁶.

Portanto, como visto alhures, a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas engendradas num mesmo plano, situados umas ao lado das outras, o que significa dizer que a Constituição escrita e posta por uma determinada sociedade representa o escalão de Direito positivo mais elevado.

No entanto, para além do pensamento científico kelseniano, pode-se dizer, igualmente, que a Constituição é “lugar comum”, pois une os mais variados sentimentos e matizes de pensamento político, econômico, racial ou cultural, religioso, ético e moral de uma sociedade.

Justamente por conter praticamente todos os anseios de um povo, destaca-se por sua supremacia sobre os diversos sistemas sociais, e emana normas cujos efeitos têm a pretensão de limitar o poder do Estado e de dirigir toda a sociedade que lhe está albergada.

Não por acaso, a Constituição origina efeitos jurídicos para todo o restante do ordenamento jurídico que lhe está abaixo hierarquicamente. E, tais efeitos tanto podem se traduzir como a criação de regras escritas, emanadas do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, num sistema dinâmico de normas hierarquicamente enfeixadas, mas também esses efeitos constitucionais, por assim dizer, podem ser sentidos no momento em que os intérpretes, na aplicação do direito, traduzem ou conformam aquele texto já produzido pelo Legislador à Constituição vigente.

³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. Editora Martins Fontes, São Paulo. 8ª edição, 2020. Tradução João Baptista Machado, p. 247.

³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. Editora Martins Fontes, São Paulo. 8ª edição, 2020. Tradução João Baptista Machado pp. 236-247.

Esses efeitos constitucionais são sentidos, também, quando os Juízes ou Tribunais acabam por dar um sentido político contramajoritário na atividade jurisdicional, isto é, quando no exercício da jurisdição reconhecem a força normativa dos princípios constitucionais para a aplicação e até mesmo a criação do Direito, observada a necessária autocontenção.

Importa destacar, que desde a revolução francesa - 1789 -, até meados do século XX, observou-se no direito o fenômeno positivista, em que o seu objeto específico seria o direito positivo ou real, em contraposição ao direito ideal, objeto da política.

Porém, o giro jurídico-filosófico ocorre quando a sociedade ocidental – cansada da crueldade das grandes guerras – busca, na proteção dos direitos fundamentais do homem, dar o alicerce ao direito. A este, então, é emprestado pela filosofia um conteúdo moral e ético, onde não há mais a preocupação em diferenciar o conceito de direito do ideal de justiça, como imaginara Kelsen.

Por esses aspectos, deduz-se o fato inegável de que a Constituição traz para si, nessa quadra histórica, um papel de destaque no pensamento jurídico e político, máxime no Brasil onde a sociedade vem demonstrado um dinamismo crescente muitas vezes não acompanhado pela organização política formal e pelos métodos de atuação do setor público na produção do Direito.

Sendo a norma mais importante, em nosso sistema romano-germânico, a Constituição escrita é fonte máxima do Direito posto por uma sociedade. Mas a expressão “fonte” deve ser observada *cum granus salis* e dentro de um contexto dogmático, em que a doutrina se apossa da noção de fonte como gênese ou origem do Direito. Portanto, a tradicional divisão em fontes formais e materiais do Direito serve tão-somente para dar coerência ao sistema, bem assim permitir um caráter classificador aos centros produtores do Direito. Mas não unificador, pois a Constituição escrita, por exemplo, muito embora possa ser uma entidade normativa (jurídico-formal e jurídico-material), possui outros fundamentos, como o sociológico, o político, o filosófico e o econômico, por exemplo, que lhe dão substrato.

Na preciosa pena do Professor Paulo Márcio Cruz:

Na sua principal obra, Teoria do Estado, 1934, Heller teorizou sobre as dimensões do Estado, propondo a integração de suas dimensões normativas, sociais e políticas, formulando um conceito unitário de

Constituição (Totalidade) que pode ser também chamado de total ou estrutural. Para Heller a Constituição é ao mesmo tempo norma e realidade social, ou seja, o Estado existe porque há sociedade, tal visão é claramente influenciada pela Constituição de Weimar, que já destacava a necessidade de o Estado possuir uma função social, em um trabalho prescritivo ao fenômeno da “questão social” que dominou a Europa após o fim da II Guerra Mundial.³⁷

Sem superar a questão e indo adiante na exposição, a Constituição atual define princípios fundamentais, como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa; estabelece objetivos fundamentais para a República como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e, enunciam os direitos sociais, abrangendo genericamente a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados. Pode-se conferir nos artigos 6º e 7º os direitos sociais, dados especificamente em favor dos trabalhadores e das pessoas mais carentes.

Vê-se, pois, que a Constituição Federal vigente possui uma série de normas que versam sobre o Direito do Trabalho, tanto no âmbito do direito coletivo quanto no âmbito do direito individual. Trata-se do fenômeno chamado de constitucionalização do Direito do Trabalho, segundo o qual as Constituições modernas trazem normas relativas ao trabalho, chamadas de direitos sociais ou garantias constitucionais de segunda geração³⁸.

Entretanto, o fenômeno da terceirização surge no texto constitucional não nos artigos 6º ou 7º, como seria de supor, mas nos artigos 37 e 175, dentre outros. Veja-se por exemplo o artigo 175 da atual Constituição: *“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”*.

Esse item, como é perceptível aos iniciados no estudo do Direito, tem por objeto a forma como o Estado Brasileiro observa o fenômeno da terceirização e a partir daí estabelece as regras do jogo.

Dito isso, algumas observações são necessárias nesse momento:

³⁷ CRUZ, Paulo Márcio; FARIA, Daniela Lopes de. **A Necessária evolução do Estado de Direito Social teorizado por Herman Heller ao Estado de Direito Socioambiental diante da crise ambiental na sociedade de riscos**. Revista Brasileira de Direito. Volume 12. Número 1, 2016, p. 2.

³⁸ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. Editora LTR, São Paulo, 2014, p. 101.

Primeira, que a Constituição atual não nominou o fenômeno em estudo como “terceirização”, ou seja, para o trespasse do serviço público utilizou-se dos termos concessão, permissão ou autorização – nas hipóteses do art. 21, incisos XI e XII da CF/88 -.

Portanto, “terceirizar”, para efeitos de Direito Público, tem uma conotação bastante ampla, que pode englobar praticamente todas as atividades estatais, como o o *fomento e auxílio no desenvolvimento e expansão de atividades privadas de interesse coletivo, a intervenção em atos e fatos da vida particular para lhes conferir certeza e segurança jurídica, de serviços públicos*³⁹ e a *instrumentalização através de recursos humanos e materiais para a prestação de quaisquer de suas atividades*, desde que respeitado tanto o processo licitatório como a regra do concurso público. Contudo, de forma proposital não foi incluso, nesse rol, o *poder de polícia*, pois, como mecanismo que existe para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social, é indelegável e desta forma não é passível de terceirização. Com efeito, as relações entre os particulares são horizontais, e, portanto, para a manutenção do princípio da igualdade, devem continuar dessa forma, inexistindo, pois, hierarquia entre iguais⁴⁰.

Por sua vez, o artigo 37, XXI, da atual Constituição, tem sido a base normativa para que a terceirização de serviços seja instrumentalizada:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações⁴¹. [...]

³⁹ Excluídas as atividades típicas de Estado. Assim, não se tratando de atividade típica do Estado, em que se exija o poder de império, é possível (e, para muitos, desejável) a utilização da terceirização, com base no artigo 37, XXI, da CF (ZOCKUN, 2014, p. 69).

⁴⁰ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. Editora Malheiros, São Paulo: 2014, p. 52.

⁴¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Logo, está presente o assentamento constitucional para a terceirização de serviços (não apenas de serviços públicos), tendo em vista a possibilidade de contratar uma empresa para prestação de serviços diversos⁴².

Segunda, para o Direito Privado, a atual Constituição não trouxe de forma explícita qualquer regramento sobre o trespasse dos serviços a terceiros, o que não impede que se interprete a Constituição nesse sentido, bem assim que normas infraconstitucionais disciplinem o assunto:

A Constituição brasileira de 1988 contempla leque bastante diferenciado de normas referentes aos chamados direitos sociais do trabalhador. Não são poucas as disposições que regulam as bases da relação contratual e fixam o estatuto básico do vínculo empregatício, conferindo destaque para situações especiais. É notório que a Constituição procurou estabelecer limites ao poder de conformação do legislador e dos próprios contratantes na conformação do contrato de trabalho. O constituinte definiu a estrutura básica do modelo jurídico da relação de emprego com efeitos diretos sobre cada situação concreta. A disciplina normativa mostra-se apta, em muitos casos, a constituir direitos subjetivos do empregado em face do empregador, ainda que, em algumas configurações, a matéria venha a ser objeto de legislação específica. Trata-se, em muitos casos, de aplicação direta e imediata de norma de caráter fundamental às relações privadas (unmittelbare Drittwirkung). Em outras situações, tem-se direito subjetivo à edição de normas ou à criação/preservação e desenvolvimento de institutos especiais (direito subjetivo público/possibilidade de omissão inconstitucional) e/ou direito subjetivo a normas de organização e procedimento. A Constituição brasileira, no entanto, não proíbe a existência de contratos de trabalho temporários, tampouco a prestação de serviços a terceiros⁴³.

Terceiro, tanto para o setor público como para o setor privado discute-se qual serviço é possível terceirizar. Assim, a doutrina e a jurisprudência criaram a distinção entre atividades-fim e atividades-meio, destacando que por longo tempo não era admitida a terceirização das atividades-fim, sendo viável apenas para as atividades-meio.

Tem-se por atividades-meio toda aquela atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. São exemplos clássicos de terceirização na atividade-meio a limpeza e a vigilância. Por sua vez, as atividades-fim seriam aquelas pelas quais a empresa foi criada, ou seja, que correspondem ao objeto que consta no contrato-social. Por exemplo, se uma

⁴² ZOCCUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. Editora Malheiros, São Paulo: 2014, p. 69.

⁴³ Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5685**. Relator: Min. Gilmar Mendes, pp. 4-5.

empresa tem por objetivo a compra e venda de aparelhos eletrônicos, essa atividade é considerada como a finalidade do objeto social, por essa razão não seria lícito o trespasse dessa ocupação. Em termos de Direito Público, por sua vez, seriam atividades que não admitem terceirização as que consistem em atividades próprias de Estado ou atos de império.

A partir da jurisprudência trabalhista, que culminou na atual Súmula 331 do TST, consolidou-se o critério de definição da legalidade/ilegalidade da terceirização a partir das noções de atividade-meio e atividade-fim, critério que, com o passar do tempo e com o desenvolvimento global de um modelo de produção descentralizado, tornou-se cada dia mais controverso.

Com efeito, tal critério distintivo é considerado insuficiente para definir-se a natureza do serviço terceirizável, tanto para o setor privado como para o setor público, pois nos tempos atuais nem sempre será tarefa fácil verificar a verdadeira natureza da atividade devido à complexidade do processo produtivo.

Dito de outra maneira, para a dogmática e jurisprudência trabalhista quando se reconhecia que a terceirização dizia respeito à atividade-fim, era considerada ilegal e se reconhecia o vínculo de emprego diretamente entre os trabalhadores terceirizados e a empresa tomadora dos serviços. Essa situação, entretanto, não seria aplicável para o setor público, vez que a partir da constituição de 1988, ante o disposto no artigo 37, II, passou-se a exigir concurso público para estabelecer-se a investidura em cargo ou emprego público.

Sob o aspecto histórico sabe-se que o Estado Brasileiro, em determinados momentos da história, impôs regras jurídicas que obrigaram as empresas a manterem a internalização de praticamente toda cadeia produtiva, tolhendo a liberdade de iniciativa e ocasionando o aumento dos seus custos. Esse, por exemplo, é o tom dado pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho de 1943), em especial nos seus artigos 2º e 3º, até a reforma trabalhista de 2017.

A relação jurídica trabalhista sempre se sustentou pelos dogmas da personalidade, onerosidade, não assunção dos riscos da atividade econômica pelo trabalhador, não eventualidade e subordinação. Esses requisitos tradicionais da relação jurídica trabalhista, em determinados aspectos, sempre pautaram a normatização da terceirização, de sorte que poderia ser considerada lícita ou ilícita, conforme a atividade exercida.

Para entender-se o motivo pelo qual o Estado Brasileiro impôs regras restritivas à liberdade empresarial é necessário entender o aspecto histórico e fenomenológico do Estado liberal *versus* Estado social desde a revolução industrial e sua ligação com os direitos sociais, em especial com os direitos trabalhistas.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas⁴⁴.

O surgimento dos direitos sociais está ligado à segunda Revolução Industrial ocorrida da metade para o final do século XIX e início do século XX, por conta dos inovadores métodos fabris, em que a indústria manufatureira dá lugar à indústria de máquinas, com métodos de produção mais eficientes e em grande escala⁴⁵.

Veja-se que nesse período ocorreram uma série de desenvolvimentos das indústrias química, elétrica, de petróleo, além da introdução de navios de aço movidos a vapor, do desenvolvimento do avião, da produção em massa de bens de consumo, da refrigeração mecânica, de técnicas mais modernas para a preservação da comida, da invenção do telégrafo e do telefone.

O fordismo, em 1908, inaugura sua linha de produção em alta escala, em que os trabalhadores realizam milhares de vezes o mesmo movimento específico durante toda sua jornada de trabalho. Esse modelo de gerenciamento adotado por Henry Ford foi criado por Frederic Winslow Taylor (1858-1915), que consistia em executar uma linha de produção em série, em que todo o trabalho era segmentado em diversas funções de forma sequencial e repetitiva⁴⁶.

Mas a livre concorrência dá lugar ao capitalismo monopolista, cujo fundamento é uma antítese do próprio pensamento liberal, em que a autonomia privada perde sua força até mesmo entre a burguesia.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Editora Elsevier, Rio de Janeiro, 2004. Tradução Carlos Nelson Coutinho, p. 9.

⁴⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo. Ed. Atlas. 5. ed. 2014, p. 44.

⁴⁶ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. Editora Malheiros, São Paulo: 2014, p. 25.

Em decorrência desse avanço industrial e de uma nova visão monopolista do capitalismo, as condições de trabalho tornaram-se mais precárias, ou seja, tornaram-se ambientes com péssimas condições aos trabalhadores e os salários pagos pelos detentores do capital produtivo eram muito baixos. Os empregados trabalhavam até 18 horas por dia e estavam sujeitos a castigos físicos dos patrões. Não havia direitos trabalhistas e quando desempregadas, as pessoas ficavam sem nenhum tipo de auxílio e passavam por situações de muita precariedade⁴⁷.

Todo esse contexto gerou significativas reações por parte dos trabalhadores que, unidos em sindicatos, reivindicavam um direito que minimamente os protegesse, capaz de coibir os abusos do empregador e preservar sua dignidade. Pressionaram os patrões a atenderem seus pleitos, por meio de greves, travando choques violentos com a força policial (ainda movimentada pela classe capitalista), praticando atos de sabotagem, e tornou-se famosa, ainda, a luta sob o nome de *cacanny* ou *braços caídos*⁴⁸.

Outros fatos surgem além dos movimentos concretos de pressão da classe trabalhadora, e que conduzem um Estado liberal para um Estado social.

O “fantasma” do comunismo ronda a Europa na metade do século XIX, e a Comuna de Paris (1871) deu o tom, pelo manifesto comunista, de união mundial de todos os proletários.

A própria Igreja Católica, através da encíclica *Rerum Novarum* (1891), tenta encontrar uma alternativa entre o *capitalismo selvagem* e o *comunismo ateu*.

Somando-se às reivindicações de intelectuais como Marx e Engels, teve papel marcante no surgimento do Direito do Trabalho o posicionamento da Igreja Católica, por meio de seus documentos denominados Encíclicas, dentre as quais se destacam: *Rerum Novarum* (Leão XIII, 1891), *Quadragesimo Anno* (Pio XI, 1931), *Mater et Magistra e Pacem in Terris* (João XXIII, 1961 e 1963, respectivamente) e *Laborem Exercens* (João Paulo II, 1981)⁴⁹.

⁴⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo. Ed. Atlas. 5. ed. 2014, p. 44.

⁴⁸ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. Editora LTR, São Paulo, 2014, p. 23.

⁴⁹ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. Editora LTR, São Paulo, 2014, p. 24.

Para a preservação do capitalismo faz-se necessário o fim do Estado Liberal e o nascimento de um Estado social, a fim de regular e impor normas que dessem um mínimo de alento a grande massa de trabalhadores desamparados. Começam então a surgir os direitos sociais, cuja implementação eficaz necessitaria, não mais de abstenção (como na velha economia do *laissez-faire*), mas sim, de ação do Estado.

É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo ancorados em um número significativo de Constituições, além de serem objetos de diversos pactos internacionais.

De grande significação para o Direito do trabalho, pode-se referir o Tratado de Versalhes, que pôs fim à primeira grande guerra mundial, em 1919. Dentre seus artigos destaca-se o artigo 4º, que, preocupado com a questão social não admite que o trabalho humano seja tratado como mercadoria. Além dessa disposição, outras asseguram jornada de oito horas, igualdade de salário para trabalho de igual valor, repouso semanal, inspeção do trabalho, salário mínimo, proteção especial ao trabalho das mulheres e dos menores. Dispõe, ainda, o referido Tratado, sobre direito sindical (art. 427)⁵⁰.

Muito importante, ainda, para a internacionalização do Direito do Trabalho, foi a criação da OIT, Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919, que fomentou a promulgação de normas internas nacionais para a elevação do Direito do Trabalho.

Nessa linha, inicia-se no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais um movimento de elevação dos princípios e normas do Direito do Trabalho ao plano constitucional, sendo que a primeira Constituição no mundo a dispor sobre o Direito do Trabalho ou normas de direitos sociais, foi a constituição do México em 1917. Todavia, em termos de repercussão mais ampla, foi a constituição de Weimar (Alemanha) o paradigma de inclusão dos direitos sociais nas cartas constitucionais⁵¹.

⁵⁰ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. Editora LTR, São Paulo, 2014, p. 25.

⁵¹ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. Editora LTR, São Paulo, 2014, p. 25.

No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições democráticas posteriores, em especial a atual de 1988.

Dessa forma nasceu uma nova classe de direitos, os denominados direitos sociais. Dentre esses direitos merecem destaque para o presente estudo os direitos à *greve, à sindicalização, a melhores condições de trabalho, à educação à saúde e à habitação*⁵².

A atual Constituição, por seu turno, estatui o Brasil como Estado social, pois presentes regras constitucionais que determinam a preocupação de um Estado que acredita no capitalismo como infraestrutura de produção, mas também no pleno emprego, nos direitos e na dignidade do trabalhador, de forma a equilibrar a balança entre o trabalho assalariado e o capital, além de diversos outros direitos sociais. Pode-se citar, por exemplo, os artigos 1º, III; 3º I, III, IV; 5º, LV, LXIX, LXXIII, LXXIV e LXXVI; 6º; 7º, I, II, III, IV, VI, X, XI e XII; 23; 170, II, III, VII e VIII, da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que esse Estado social, um pouco mais preocupado com os direitos trabalhistas, vem sendo transformado em sua própria “governança” e por reformas no âmbito do Direito do Trabalho ao qual se insere o fenômeno da terceirização, que, embora possa acarretar uma redução de custos ou a transformação de custos fixos em custos variáveis, gera, inevitavelmente, um declínio na qualidade de vida do trabalhador⁵³. Como efeito da terceirização encontram-se, por exemplo, a precarização das relações de trabalho, redução do valor gasto no pagamento de salário, fragmentação das relações trabalhistas e utilização abusiva, pois, não raro, o emprego deste expediente se dá com o único propósito de reduzir o custo da mão-de-obra.

A partir de 1970, com a primeira crise do petróleo, o Brasil dá início a um processo de terceirização, por meio do setor automobilístico, que culmina, agora, em 2017, com a nova normatização do emprego temporário. Esse processo, acompanha um modelo produtivo chamado de Toyotismo, que rapidamente

⁵² ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. Editora Malheiros, São Paulo: 2014, p. 24.

⁵³ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. Editora Malheiros, São Paulo: 2014, p. 30.

torna-se novo parâmetro mundial de sistema de produção flexível, porque se baseia na contratação de empresas externas fornecedoras de peças e realizadoras de etapas da cadeia produtiva. Esse processo, chamado de terceirização material ou externa da cadeia produtiva, é replicado na maioria dos países, pela grande facilidade de gerenciamento de toda a cadeia de produção em diferentes locais do globo terrestre.

No Brasil, o setor privado igualmente consolidou uma forma gerencial descentralizada, tendo em vista a redução de custos ou a transformação de custos fixos em custos variáveis, bem como a denominada focalização (concentração das atividades da empresa em sua atividade principal, sem dispersão e com maior qualidade).

Com efeito, o fenômeno da terceirização, como dito, tem dois escopos específicos: a redução do custo da mão de obra e a especialização das empresas em atividades que lhes são próprias. Por outro lado, gera uma precarização das relações de trabalho como por exemplo, a redução da remuneração, benefícios e garantias dos trabalhadores em razão de sua não vinculação direta junto à empresa que utiliza sua mão-de-obra.

Dessa forma pergunta-se: quais são, afinal, os serviços que são admitidos para fins de terceirização, tanto do setor público como o setor privado?

Como já referido, à vista de uma melhor regulamentação da matéria, a jurisprudência trabalhista traçou a distinção entre atividade-fim e atividade-meio como forma de discernir a terceirização lícita da ilícita.

Esse critério, atualmente, é considerado bastante frágil: primeiro, porque em um cenário de etapas produtivas cada vez mais complexo, agravado pelo desenvolvimento da tecnologia e pela crescente especialização dos agentes econômicos, torna-se praticamente impossível divisar quais atividades seriam de meio e quais atividades seriam a finalidade do objeto social da empresa; segundo, porque esse critério não é o adotado pelo artigo o art. 37, IX da Constituição Federal de 1988, no qual demonstra que as atividades administrativas estatais podem ser realizadas em caráter permanente ou em temporário e interno ou externo.

Já há muito tempo deveríamos ter desistido de fazer a impraticável distinção entre atividade-meio e atividade-fim de uma empresa para fins de permissão de terceirização, aliás, algo que só existe no Brasil.

(...) A mudança de paradigma da terceirização é bem ilustrada olhando grandes companhias de hoje e do passado. Enquanto a Ford chegou, no passado, a ser dona até das plantações de seringais para a produção de borracha natural usada nos seus carros, hoje a gigante de computação Dell não produz exatamente computadores, mas sim organiza uma série de milhares de contratos de fornecedores e empregados. Muitas multinacionais já terceirizaram atividades que vão do desenho de seu produto até o pós-venda, passando até pela política de estabelecimento de preços. (...) A terceirização é decorrente da própria especialização do trabalho, tendência que nos últimos séculos permitiu que as sociedades se desenvolvessem e melhorassem a vida das pessoas. (...) Em uma economia cada vez mais especializada e competitiva, seria impossível que um auditor, procurador ou juiz soubesse determinar quais atividades são fim ou meio para cada segmento da economia⁵⁴.

Portanto, se para o setor privado definiu-se, como critério de licitude ou ilicitude da terceirização a distinção entre atividade-fim e atividade-meio, para o setor público, a única aferição constitucional possível é a prevista pelo artigo 37/CF88: *IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*. Dito de outra forma, diferentemente dos critérios de fins ou meios, a atual Constituição está a prever um norte (inicial) para a distinção entre atividades terceirizáveis e atividades não-terceirizáveis, ou sejam, aquelas atividades administrativas que podem ser realizadas em caráter permanente e aquelas que podem ser realizadas em caráter temporário ou eventual, transitório.

Nada obstante, à vista de uma regulação deficiente da matéria, o e. TST assumindo uma posição contramajoritária desenhou a norma a ser observada pelos agentes públicos e privados quando fossem trespassar para terceiros os serviços, delineando os seus contornos no sentido de que a contratação terceirizada é legal, se o serviço estiver ligado a atividade-meio ou estiver ligado ao serviço de vigilância, de conservação e de limpeza. Essa é a redação da Súmula 331, *verbis*:

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

⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI n.º 5685**. Relator: Min. Gilmar Mendes, p. 10.

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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.⁵⁵

Estabeleceu, ainda, que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, pelo empregador terceirizado, implicará na responsabilização subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste do título executivo judicial.

Acresceu e delimitou a responsabilidade subsidiária da Administração Pública caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Além das normas constitucionais previstas para o setor público, bem assim os limites que estabelece para a contratação no setor privado, encontra-se em diversas outras regras, de hierarquias diferentes, alguma disciplina para o fenômeno da terceirização de serviços.

Cita-se, por exemplo, o contrato de empreitada disciplinado pelo Código Civil atual, nos artigos 610 a 626, sendo que a responsabilidade do empreiteiro principal se encontra no artigo 455 da CLT. O contrato de prestação de serviços está previsto igualmente no Código civil atual, nos artigos 593 a 609.

⁵⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula 331.**

Os Serviços de vigilância estão disciplinados pela Lei n. 7.102/83, o trabalho temporário, por sua vez, está previsto na Lei n. 6.019/74 alterada pela Lei n. 13.429/2017.

Aliás, com relação a essa última, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou constitucional a terceirização de atividades-fim das empresas urbanas. Por maioria de votos, foram julgadas improcedentes cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's 5685, 5686, 5687, 5695 e 5735) que questionavam as mudanças nas regras de terceirização de trabalho temporário introduzidas pela lei. O julgamento foi realizado na sessão virtual encerrada no dia 15/06/2020.

Dito de outra maneira, a Lei n. 13.423/2017, julgada constitucional pelo STF, alterou uma série de artigos da Lei n. 6.019/74, sendo que a principal mudança, para fins da presente exposição, foi a permissão de que as empresas possam traspasar a terceiros a contratação serviços até então considerados como atividades-fim das empresas, ainda que pelo período máximo de cento e oitenta dias.

Abaixo uma síntese do entendimento do STF:

DIREITO DO TRABALHO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE -FIM E DE ATIVIDADE -MEIO. CONSTITUCIONALIDADE.

1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.

2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade. 3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações.

4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993).

5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial.

6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta.

7. Firmo a seguinte tese: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”.

8. ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado.⁵⁶

Muitas críticas são feitas a esse entendimento, no sentido de que os terceirizados são, em geral, trabalhadores que desfrutam de salários mais baixos e condições de trabalho desfavoráveis. A terceirização abala aspectos essenciais da CLT, como a subordinação e a pessoalidade diretas. Inverte a regra geral da indeterminação do prazo contratual, para consagrar a temporalidade. A rotatividade muitas vezes inviabiliza o gozo das férias. Os sindicatos de terceirizados desfrutam de menores condições de mobilização e reivindicação. A terceirização despreza o valor social do trabalho (art. 1º, CF) e a determinação da melhoria da condição social dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, CF). A supressão da distinção atividade-meio e atividade-fim enfraquece a incidência das normas constitucionais, uma vez que sua verificação não se dá no plano meramente econômico, como descrição da segmentação do processo produtivo. Não bastaria o enquadramento como meio. Seu conceito é jurídico, importando verificar também os efeitos da terceirização nas condições de trabalho. Se acarreta profunda discrepância nos direitos dos trabalhadores, se obstrui o exercício de direitos legais e constitucionais ou possui o nítido propósito de enfraquecer sindicatos, não há dúvida de que a terceirização provoca regressão inadmissível pela Constituição. Nesse caso, a atuação dos atores encarregados da defesa dos direitos trabalhistas é imposição

⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n.º 324**. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 30/08/2018. Publicação: DJe-194. Divulgação: 05-09-2019.

constitucional, independentemente da existência de lei abrandando os limites da terceirização⁵⁷.

Como referido alhures, os valores sociais do trabalho foram erigidos em princípios fundamentais, assim como a dignidade humana. Entende-se, pois, que haja uma dialética de complementaridade (implicação-polaridade)⁵⁸ entre a “livre iniciativa” e os “valores sociais do trabalho”, que são extraídos do texto constitucional. Em outra dicção, o regime capitalista adotado pelo Estado brasileiro deve encontrar seus limites na própria Constituição, que igualmente estabelece os princípios sociais do trabalho representando este resguardo como limite ao poder econômico.

1.3 A terceirização das relações de trabalho na Administração Pública

Neste momento abordar-se-á, especificamente, o fenômeno da terceirização de recursos humanos pela Administração Pública. Em razão disso, é importante traçar uma breve contextualização histórica das relações de trabalho, pois entende-se que as lições do passado têm muito a contribuir para a construção do futuro. Nem se olvide, ademais, que um relato histórico, ainda que breve, como é a proposta deste texto, significa a passagem de anos ou séculos de mudanças ou transformações da humanidade, diferentemente de algo efêmero como as palavras de qualquer narrativa.

Como num passe de mágica, como se o tempo fosse algo tão fugaz como as areias que deslizam para baixo em uma ampulheta, está-se agora tratando do fenômeno de instrumentalização de serviços por terceiros que, como sugere a doutrina, tem por marco histórico a década de 70 do século passado, num contexto de privatizações no Brasil, em que a flexibilização dos Direitos Trabalhistas acompanha a globalização, o desenvolvimento tecnológico, a larga competição entre as empresas e uma ressignificação do papel do Estado no desenvolvimento social e econômico das nações.

Essas significativas retomadas das ideias liberais começaram no governo de Margareth Thatcher na Inglaterra (1979-1990) e de Ronald

⁵⁷ PEREIRA, Ricardo Macêdo de Brito. Terceirização, CLT e Constituição. Disponível: Terceirização, CLT e a Constituição (jusbrasil.com.br). Acesso em 21 de janeiro de 2021, p. 2

⁵⁸ MIGUEL. **Lições Preliminares de Direito**. Editora Saraiva. 16ª ed. 1988, p. 67.

Reagan nos Estados Unidos (1980-1988). Nos EUA houve uma variação no modelo pois sempre foram mais liberais e pouco regulamentadores do que os países europeus, mas é possível destacar semelhanças entre as principais reformas neoliberais praticadas por esses países: contraíram a emissão monetária, produzindo valorização da moeda e também um efeito potencialmente recessivo, baixaram consideravelmente os impostos, principalmente sobre as grandes empresas, enfrentaram greves, criaram uma legislação antissindical e cortaram gastos sociais. Depois se seguiu um programa de privatização.

Nessa esteira, a Alemanha (Helmuth Kohl 1982-1988), a Espanha (reformas de 1994) e a Itália (reformas dos anos 90) seguiram a ordem econômica internacional promovendo reformas de cunho neoliberais.

[...]

Nesse contexto, o desenvolvimento do processo de internacionalização do capital define o que se chama de globalização da economia, que constitui um novo cenário para a década de 1990 e seguintes, tendo importantes reflexos no Direito do Trabalho⁵⁹. [...]

Porém, como referido acima, para que se possa desembarcar na década de setenta é necessário compreender o desenvolvimento econômico, social e as relações de trabalho desde a Revolução Industrial.

Serpenteando entre os fatos de maior significação histórica a presente narrativa vai construindo os alicerces para a compreensão dos motivos que hoje levam praticamente todo o mundo ocidental a buscar a diminuição dos seus Estados, em novos objetivos e com a exclusão da ética na política.

Ao estudar o Direito do Trabalho vê-se que as obras não oferecem grande atrativo para as relações de trabalho antes do século XIX, notadamente no período da Idade Média. Com efeito, o Direito do Trabalho assume maior interesse a partir do período industrial, principalmente com relação ao século XIX. Ou seja, antes da chamada Revolução Industrial o trabalho não poderia ser considerado uma relação de emprego, pois não havia o típico assalariamento, ou uma regulamentação e subordinação mais efetiva na forma do trabalho e sua contraprestação, além de não haver liberdade para a contratação do trabalhador pelo empregador nem regulamentação das condições de trabalho, por faltar a interferência do Estado ou de seus entrepostos nessas relações⁶⁰.

Portanto, o elemento nuclear da relação empregatícia (trabalho subordinado) somente surgiria séculos após a crescente desintegração das

⁵⁹ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. Editora LTR, São Paulo, 2014, pp. 29-30.

⁶⁰ PISTORI, GELSON LACERDA. **Aspectos históricos do direito e do trabalho: um breve olhar juristrabalhista sobre a idade média**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 12.

relações servis. De fato, a partir do período da Revolução Industrial é que esse trabalhador seria reconectado, de modo permanente, ao sistema produtivo, através de uma relação de produção inovadora, hábil a combinar liberdade (ou melhor, a separação em face dos meios de produção e seu titular) e subordinação. Trabalhador separado dos meios de produção (portanto juridicamente livre), mas subordinado no âmbito da relação empregatícia ao proprietário (ou possuidor, a qualquer título) desses mesmos meios produtivos – eis a nova equação jurídica do sistema produtivo dos últimos dois séculos⁶¹.

Assim, é de que o Direito do Trabalho surge em decorrência da Revolução Industrial e, mais precisamente, em razão do segundo período desse mesmo evento, em que ocorreu uma concentração maior do capital produtivo e, em consequência, a formação do proletariado industrial⁶².

A formação histórica do Direito do Trabalho está relacionada intimamente ao fenômeno conhecido por “Revolução Industrial”, do século XVIII. [...] Entretanto, o Direito do Trabalho propriamente dito só acontece após a Revolução Francesa, durante o Século XIX (1.789). Somente no final do século XIX surgiram as condições sociais que tornaram possível o aparecimento desse ramo do direito, com características próprias e autonomia doutrinária. O Direito do Trabalho é produto típico da industrialização desses últimos tempos. A Revolução Industrial levantou uma problemática social nova, fonte de conflitos e tensões que se arrastaram durante o século XIX e conduziram, no seu termo, a novas estruturas⁶³.

Com efeito, antes do movimento industrial, do século XVIII até o século XIX, a atividade produtiva era agrícola ou artesanal, mas ambas realizadas de forma manual. Além disso, o artesanato é tradicionalmente a produção na qual o produtor possui os meios de produção e trabalha com a família em sua própria casa, realizando todas as etapas da produção, desde o preparo da matéria-prima, até o acabamento. Dito de outra maneira, o artesanato não se destaca pela divisão do trabalho ou especialização para a confecção de algum produto, bem assim os artesãos trabalham para si e obtém diretamente os ganhos com a

⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. Ed. São Paulo: LTr, 2014, p.81.

⁶² PISTORI, GELSON LACERDA. **Aspectos históricos do direito e do trabalho: um breve olhar juristrabalhista sobre a idade média**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 13.

⁶³ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. Editora LTR, São Paulo, 2014, pp. 19-20.

venda dos seus produtos. Como consequência, o consumo é um fenômeno menos evidente, até pela pouca oferta de produtos.

Mas, a criação da máquina a vapor trouxe um conjunto de transformações na história da humanidade, pois produzia energia para as fábricas e para os meios de transporte. A produção de bens e o consumo aumentaram em grande escala em função da mecanização do processo produtivo, relegando o trabalho manual a um segundo plano em termos de produção de riquezas. Com isso os trabalhadores perderam o controle do processo produtivo, e o lucro da atividade econômica passou a ser apenas dos donos das indústrias. Além disso o salário do trabalhador despencou, uma vez que não eram mais necessários funcionários com habilidades manuais.

Até a Revolução Industrial o resultado do trabalho ficava com quem produzia (trabalho livre). A partir desse momento, o resultado do trabalho não fica mais com o trabalhador, que passa a trabalhar para outrem (trabalho subordinado). Isso é um divisor de águas na história da humanidade⁶⁴.

A primeira fase da Revolução Industrial ocasionou crescimento desenfreado das cidades, na marginalização de boa parte da população, bem como em problemas de ordem social como miséria, violência, fome. Nessa fase, também, a sociedade organizou-se em dois polos: de um lado a burguesia e do outro o proletariado. A reação a todo o contexto acima descrito é dada pelo direito coletivo, que começará a se formar na segunda fase da Revolução Industrial.

Materialmente, é provável que o novo proletariado fabril tivesse condições algo melhores. Por outro lado, não era livre, encontrava-se sob o rígido controle e a disciplina ainda mais rígida imposta pelo patrão ou por seus supervisores, contra quem realmente não tinha quaisquer recursos legais e só alguns rudimentos de proteção pública. Eles tinham que trabalhar por horas ou turnos, aceitar os castigos e multas com as quais os patrões impunham suas ordens ou aumentavam seus lucros. Em áreas isoladas ou nas indústrias, tinham que fazer compras na loja do patrão, frequentemente recebendo seus pagamentos em mercadorias miúdas (permitindo, assim, que os empregadores inescrupulosos aumentassem ainda mais os seus lucros), ou eram obrigados a morar em casas fornecidas pelo patrão. Sem dúvida o jovem da cidade achava que sua vida era tão dependente e depauperada quanto a de seus pais, e nas indústrias do

⁶⁴ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. Editora LTR, São Paulo, 2014, pp. 20-21.

continente europeu com uma forte tradição paternalista, o despotismo do patrão era, ao menos em parte, contrabalançado pela segurança, instrução e serviços de bem-estar social que por vezes o patrão fornecia. Mas para o homem livre, entrar em uma fábrica na qualidade de uma simples "mão" era entrar em algo um pouco melhor que a escravidão, e todos, exceto os mais famintos, tratavam de evitá-lo, e quando não tinham mais remédio, tendiam a resistir contra a disciplina cruel de uma maneira muito mais consistente do que as mulheres e as crianças, a quem os proprietários de fábricas davam, por isso, preferência. Na década de 1830 e em parte na década de 1840, pode-se afirmar que até mesmo a situação material do proletariado fabril apresentou uma tendência a se deteriorar⁶⁵.

A segunda fase da Revolução Industrial partiu da metade do século XIX ao início do século XX, período pelo no qual muitos países passaram a se industrializar, especialmente os mais ricos, dominando, então, economicamente diversos outros países (expansão territorial e exploração de matéria-prima). Teve como principais características, o maior avanço tecnológico, o aumento da produção em massa em bem menos tempo, o aumento do comércio e modificação nos padrões de consumo.

O avanço nos transportes possibilitou maior e melhor escoamento de mercadorias e trânsito de pessoas; surgiram as grandes cidades e com elas também os problemas como superpopulação; aumento das doenças; desemprego e aumento da mão de obra barata e novas relações de trabalho.

Outro fato de muita significância foi o Manifesto do Partido Comunista publicado em 1848. Foi escrito pelos teóricos fundadores do socialismo científico Karl Marx e Friedrich Engels, que externaram ao mundo os protestos dos trabalhadores em relação às lutas sociais, paradas de trabalho, prisões, mortes e todo tipo de desordens em voga na época, fazendo que o Estado se volte para a nova realidade social. Da Revolução Industrial contemporânea é possível citar algumas de suas maiores reivindicações em busca de reformas sociais: limitação da jornada de trabalho, descanso semanal, seguro contra acidente, salário mínimo, dentre outras⁶⁶.

Em 1891 o Papa Leão XIII, buscando uma resposta da Igreja Católica ao fortalecimento do liberalismo e do capitalismo monopolista na Europa, promulga, posteriormente à Revolução Industrial e ao Manifesto Comunista de 1848, a

⁶⁵ HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções 1789-1848**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014, p. 152.

⁶⁶ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. Editora LTR, São Paulo, 2014, p. 22.

Encíclica *Rerum Novarum*. Leão XIII não teme a realidade, reconhecendo a triste situação das sociedades. Entende que é o momento histórico do Estado cooperativo, com o fortalecimento dos sindicatos que, adaptados à realidade da época, seriam a conexão entre o Estado e o indivíduo, no campo da economia⁶⁷.

Esse foi o período do Direito Coletivo do Trabalho e na ruptura do modelo de Estado Liberal, impondo-se ao Estado intervir na ordem econômica e social limitando a liberdade plena das partes, por meio de criação de normas de ordem pública, garantindo condições mínimas ao trabalhador nas relações de trabalho.

Os segmentos sociais dos trabalhadores, a contar da segunda metade do século XIX, descobriram a ação coletiva, por meio da qual compreenderam, no transcorrer do processo, que seus dramas, necessidades e interesses não se explicavam a partir da ótica exclusivamente contratual-civil e individual. Esses segmentos, socialmente dominados e juridicamente subordinados na estrutura do processo produtivo, passaram a formular, em contraposição ao estuário jurídico liberal e individualista da época, propostas de normatização de caráter coletivo, abrangentes do conjunto dos trabalhadores envolvidos e subordinados. Dessa maneira, os trabalhadores, por meio de sua ação sociopolítica, conseguiram contrapor ao sujeito individual assimilado pelo Direito Civil da época a ideia de sujeito coletivo⁶⁸.

Nesse meio tempo, a ganância das nações europeias – que não será objeto de maiores explanações neste texto - deflagram um período triste na história da humanidade que foi a Primeira Guerra Mundial.

Não obstante, o desenvolvimento do Direito do Trabalho trespassou o período da Primeira Guerra, face o reconhecimento internacional do Direito do Trabalho, que deixa de ser um mero normativismo desenvolvido de acordo com os ventos de cada nação. Dito de outra maneira, ao fim da Primeira Grande Guerra inicia-se a fase da institucionalização ou oficialização do Direito do Trabalho. Seus marcos (situados no ano de 1919) são a Constituição de Weimar e a criação da Organização Internacional do Trabalho. Além disso, a Constituição Mexicana de 1917 lança o brilho do processo nos países periféricos ao

⁶⁷ PAUPÉRIO, A. Machado. **Teoria do Estado resumida**. Rio de Janeiro, ed. Freitas Bastos. 1ª edição, 1985, pp. 63-67.

⁶⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. Ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 97.

capitalismo central. Tal fase se define como o instante histórico em que o Direito do Trabalho ganha absoluta cidadania nos países de economia central. Esse Direito passa a ser um ramo jurídico absolutamente assimilado à estrutura e dinâmica institucionalizadas da sociedade civil e do Estado. Forma-se a Organização Internacional do Trabalho; produz-se a constitucionalização do Direito do Trabalho; finalmente, a legislação autônoma ou heterônoma trabalhista ganha larga consistência e autonomia no universo jurídico do século XX. O dado fundamental é que o Direito do Trabalho se institucionaliza, oficializa-se, incorporando-se à matriz das ordens jurídicas dos países desenvolvidos democráticos, após longo período de estruturação, sistematização e consolidação, em que se digladiaram e se adaptaram duas dinâmicas próprias e distintas. De um lado, a dinâmica de atuação coletiva por parte dos trabalhadores — dinâmica essa que permitia inclusive aos trabalhadores, através da negociação coletiva, a produção autônoma de normas jurídicas. De outro lado, a estratégia de atuação oriunda do Estado, conducente à produção heterônoma de normas jurídicas. Portanto, a oficialização e institucionalização do Direito do Trabalho fez-se em linha de respeito a essas duas dinâmicas diferenciadas de formulação de normas jurídicas — a dinâmica negocial autônoma, concretizada no âmbito da sociedade civil, e a dinâmica estatal heterônoma, produzida no âmbito do aparelho de Estado⁶⁹.

Tal fase conheceria seu clímax nas décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial, com o aprofundamento do processo de constitucionalização do Direito do Trabalho e hegemonia do chamado Estado do Bem-Estar Social. As Constituições Democráticas pós-1945, da França, da Itália e da Alemanha em um primeiro momento (segunda metade da década de 40), e depois, de Portugal e da Espanha (década de 1970), não só incorporariam normas justralhistas, mas principalmente diretrizes gerais de valorização do trabalho e do ser humano que labora empregaticamente para outrem. Mais: incorporariam princípios, constitucionalizando-os, além de fixar princípios gerais de clara influência na área laborativa (como os da dignidade da pessoa humana, da valorização do

⁶⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. Ed. São Paulo: LTr, 2014, p.103.

trabalho e emprego, da subordinação da propriedade à sua função social — ou socioambiental —, além do princípio da justiça social, por exemplo)⁷⁰.

Depois da Segunda Grande Guerra, portanto, ressurge o Direito do Trabalho na forma coletiva de negociação, com uma participação tripartite entre empresas, empregados e Estado. Mas o que mais chama atenção é o reconhecimento do trabalhador como indivíduo dotado de direitos não apenas civis, mas também sociais, que mais tarde será reconhecido como direitos de segunda geração.

Ainda que a verdadeira liberdade dependa de uma igualdade material, um tanto diferente daquela concebida nos braços da Revolução Francesa, o fato é que após os acontecimentos brutais do século XX há a tentativa de se estabelecer um Estado de Bem-Estar Social, no qual é exigido do Estado uma atuação positiva de proteção ao trabalhador e ao cidadão desfavorecido. Dito de outra maneira, é exigido do Estado preocupações literalmente sociais, como educação, saúde, segurança, proteção ao trabalho, previdência etc.

O Estado democrático liberal do primeiro terço do século XX esteve imerso numa profunda crise, como consequência da obsolescência de suas estruturas políticas para adaptar-se às novas realidades sociais. Por outro lado, o movimento proletário, que ganhou impulso com a Revolução Russa, pressionava para que as liberdades e direitos individuais tivessem a companhia dos direitos coletivos. Finalmente, os desdobramentos da maior crise que o capitalismo já sofreu, em 1929, implicaram abandonar as políticas baseadas nos parâmetros liberais clássicos de não-intervenção.⁷¹

Perceba-se, porém, que apenas alguns países centrais conseguiram algumas dessas conquistas, de resto muitos direitos sociais ainda não passam de uma mera indicação constitucional, principalmente em países periféricos como o Brasil⁷².

O Estado do Bem-Estar Social é aquele em que se instituem obrigações positivas para que o Estado opere em prol de seus

⁷⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. Ed. São Paulo: LTr, 2014, pp. 103-104.

⁷¹ CRUZ, Paulo Márcio; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Neokeynesianismo, neointervencionismo e ultraliberalismo: impactos da covid-19 no direito nacional**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará. Volume 40, n. 1. Janeiro-Junho de 2020, p. 141.

⁷² CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2ª ed., 9ª reimpr. Editora Juruá, Curitiba, 2012, pp. 230-231.

cidadãos, corrigindo os naturais desvios do individualismo clássico liberal, para que se possa alcançar a verdadeira justiça social⁷³.

Porém, os direitos sociais, em especial o Direito do Trabalho, que não podem ser considerados uma conquista plena, começam a sofrer duros golpes com o desenvolvimento tecnológico, decorrente da corrida armamentista promovida pelos blocos socialista e capitalista. As novas tecnologias começam a repercutir no mundo inteiro, ao estreitar os laços da informação, do comércio, do transporte de mercadorias, da movimentação das pessoas de um local a outro do globo em passe de horas.

Sob outra forma argumentativa, a introdução da informática modificou as atividades em todas as áreas nem sempre para o bem, pois ocasionou, no campo do trabalho, uma redução do quadro de pessoal (desemprego).

Mas não apenas isso, a profunda recessão de 1973, exacerbada pelo choque do petróleo, evidentemente retirou o mundo capitalista do sufocante torpor promovido pela estagnação da produção de bens e alta inflação de preços e pôs em movimento um conjunto de processos que solaparam o compromisso fordista⁷⁴.

De lembrar que o fordismo (1914) foi concebido como um sistema de produção, criado pelo empresário norte-americano Henry Ford, cuja principal característica consistia na fabricação em massa de automóveis. Esse método fabril buscava a redução máxima dos custos de produção e assim baratear o produto final, podendo vender para o maior número possível de consumidores. A produção de forma eficiente possibilitou pagar salários melhores aos seus funcionários, e estes, com mais renda, podiam comprar os automóveis da empresa em que trabalhavam.

Em consequência, as décadas de 70 e 80 foram um conturbado período de reestruturação econômica e de reajustamento social e político. No espaço social criado por todas essas oscilações e incertezas, uma série de novas experiências nos domínios da organização industrial e da vida social e política começou a tomar forma. Essas experiências podem representar os primeiros

⁷³ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. Editora Malheiros, São Paulo: 2014, p. 24.

⁷⁴ HARVEY, David. **Condição Pós-moderna**. Editora Loyola, São Paulo. 26ª ed. 2016. Tradução Adail Ubirajara Sobral; Maria Stela Gonçalves, p. 140.

ímpetus da passagem para um regime de acumulação inteiramente novo, associado com um sistema de regulamentação política e social bem distinta⁷⁵.

Nesse período o trabalho organizado foi solapado, níveis altos de desemprego, salários modestos e o retrocesso do poder sindical, linha vertebral do modelo fordista.

A crise do Estado Social, do Estado Providência ou do *Welfare State*, o qual, com o seu gigantismo, suas imensas despesas e seus déficits públicos, sua ampla intervenção no campo econômico e no campo social, deu origem e alimentou uma forte reação no plano teórico, representada pela corrente de pensamento chamada de neoliberal. Ao longo das últimas décadas do século passado o neoliberalismo, que ganhara consistência e expressão com a difusão das obras de Friedrich Von Hayek e o crescente prestígio dos economistas da escola de Chicago, liderados por Milton Friedman, acabou por influenciar poderosamente as políticas econômicas e sociais dos Estados Unidos e da Inglaterra, respectivamente nos governos Reagan e Thatcher⁷⁶.

Inicia-se, a partir dessa época, a discussão mundial sobre o tamanho do Estado e as medidas que deveriam ser utilizadas para reduzi-lo. Estão ligadas a esse contexto as privatizações, a liberalização, a desregulamentação, a quebra de monopólios estatais de serviços públicos e a abertura à concorrência das atividades por eles exercidas, bem como a atribuição de novos papéis aos particulares na realização de fins públicos.

Por essa ordem de fatores, e ainda muito antes da proclamação da nossa República, em 1889, cria-se um modelo burocrático de Estado para atender as necessidades de uma população e uma economia em crescimento no Brasil.

Desde o período colonial é possível vislumbrar três modelos distintos de Administração Pública: a patrimonialista, a burocrática e a gerencial. A administração Patrimonialista é caracterizada pelo clientelismo, típico dos Estados Absolutistas (séculos XVII e XVIII), em que o patrimônio do Monarca se confundia com o patrimônio público, formando um limite muito próximo na

⁷⁵ HARVEY, David. **Condição Pós-moderna**. Editora Loyola, São Paulo. 26ª ed. 2016. Tradução Adail Ubirajara Sobral; Maria Stela Gonçalves, p. 140

⁷⁶ COUTO E SILVA, Almiro. **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público à brasileira?**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul n. 57. Porto Alegre. Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2003, pp. 209-210.

separação entre público e privado. No Brasil, inicia-se no Período Colonial como herança oriunda dos colonizadores portugueses. Já a Administração Pública burocrática, surgiu com o Estado Liberal, buscando romper com o modelo anterior, patrimonialista, pois separa os interesses pessoais do detentor do poder e os instrumentos colocados à disposição do Poder Público para garantir a satisfação do interesse público, uma vez que no referido patrimonialismo ocorre a não diferenciação por parte dos governantes e gestores públicos detentores do poder político-administrativo, da esfera privada da pública⁷⁷.

Fato inegável é que em todo o desenvolvimento da administração pública tem-se a reforma administrativa como um processo contínuo, já que há sempre a necessidade de maior eficiência, como pregam os governantes, e como é sucessivo o processo de modernização de uma sociedade. A discussão a respeito da modernização do Estado é ampla e envolve aspectos políticos – os que se relacionam com a promoção da governabilidade –, econômicos e administrativos – aqueles que visam a aumentar a governança⁷⁸.

Vê-se, destarte, que a Administração Pública busca, no aspecto gerencial de empresas privadas de produtividade e eficiência, um sentido “modernizante” para si. A terceirização é justamente uma das consequências da busca pela otimização de resultados. Dito de outra maneira, por força do fenômeno da terceirização as “atividades-meio” podem ser preenchidas por pessoas contratadas por terceiros, sem qualquer vínculo de emprego, seja estatutário ou celetista, e suas respectivas consequências financeiras e previdenciárias.

Perceba-se que o presente trabalho não busca uma noção ampla do fenômeno da terceirização, como, por exemplo, a própria privatização de ativos estatais denota.

A privatização, em sentido amplo, abrange todas as formas pelas quais se busca uma diminuição do tamanho do Estado, podendo abranger a *desregulação* (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico), a *desmonopolização de atividades econômicas*, a *privatização de serviços públicos* (quando a atividade deixa de ser serviço público e volta à iniciativa privada) a *concessão de serviços*

⁷⁷ SOUZA, Deisiane do Nascimento. **Atuação da Administração Pública Gerencial no Brasil Após a Reforma Bresser**. Disponível em [Deisiane do Nascimento - Edycarlos de Souza.pdf \(uff.br\)](#). Acesso em 15 de março de 2021, p. 04.

⁷⁸ BRESSER Pereira *apud* SOUZA, Deisiane do Nascimento. **Atuação da Administração Pública Gerencial no Brasil Após a Reforma Bresser**. Disponível em [Deisiane do Nascimento - Edycarlos de Souza.pdf \(uff.br\)](#). Acesso em 15 de março de 2021, p. 04.

públicos (dada a empresa privada e não mais a empresa estatal, como vinha ocorrendo) e as *contratações de terceiros* (*contracting out*), em que a Administração Pública celebra ajustes de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, como os contratos de obras e prestação de serviços (a título de **terceirização**), os convênios, os contratos de gestão, os termos de parceria.⁷⁹

Absolutamente, nesse momento está-se tratando de um conceito estrito do fenômeno, que está ligado *ipso facto* a prestação ou execução de serviços de recursos humanos à Administração Pública.

Destaca-se, nessa linha, que o setor público, a partir do Decreto-lei 200/1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, começou a adotar a terceirização para fins de desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

CAPÍTULO III DA DESCENTRALIZAÇÃO

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

§ 2º Em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle.

§ 3º A Administração casuística, assim entendida a decisão de casos individuais, compete, em princípio, ao nível de execução, especialmente aos serviços de natureza local, que estão em contato com os fatos e com o público.

§ 4º Compete à estrutura central de direção o estabelecimento das normas, critérios, programas e princípios, que os serviços responsáveis pela execução são obrigados a respeitar na solução dos casos individuais e no desempenho de suas atribuições.

§ 5º Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante

⁷⁹ DI PIETRO *apud* ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. Editora Malheiros, São Paulo: 2014, p. 37.

convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes.

§ 6º Os órgãos federais responsáveis pelos programas conservarão a autoridade normativa e exercerão controle e fiscalização indispensáveis sobre a execução local, condicionando-se a liberação dos recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

§ 8º A aplicação desse critério está condicionada, em qualquer caso, aos ditames do interesse público e às conveniências da segurança nacional.⁸⁰

Dito de outra maneira, o § 7º do art. 10 do referido Decreto permite que, para melhor desincumbir das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina pública, a Administração Pública envide esforços para a realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que existisse, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada para desempenhar os cargos de execução.

Assim, desde 1967 a Administração Pública tem permissão legal para terceirizar a prestação de serviços públicos para empresas privadas especializadas.

Em dezembro de 1970 foi promulgada a Lei n. 5.645, na qual foram estabelecidas diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e outras providências, dentre as quais estabeleceu quais os serviços públicos que poderiam ser terceirizados. Segundo o disposto no artigo 3º, parágrafo único, as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas seriam realizadas, preferencialmente, por contratação indireta. Porém, posteriormente o referido parágrafo foi revogado pela Lei n. 9.527 de 1997.

Após algumas medidas para conter o ímpeto terceirizante pela Administração Pública, na década de 90 o legislador regulamentou novamente a terceirização de serviços públicos, disciplinando quais as possibilidades de

⁸⁰ BRASIL. Decreto-lei 200/1967.

contratação de terceiros para execução indireta de serviços no Setor Público. Em destaque está a Lei n. 8.666 de junho de 1993, cuja normatividade consiste na regulamentação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, para licitações e contratos da Administração Pública, e é conhecida como Lei de Licitações e Contratos.

De fato, referida lei define como serviço toda atividade destinada a obter determinada utilidade para a Administração Pública, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, recuperação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais. Tais serviços são meramente exemplificativos, pois a lei emprega a expressão “tais como”⁸¹.

Seção II Das Definições

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

[...]

VII - Execução direta - a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios;

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;

e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

[...]

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

[...]

⁸¹ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. Editora LTR, São Paulo, 2014, p. 424.

XIV - Contratante - é o órgão ou entidade signatária do instrumento contratual;

XV - Contratado - a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública;

XVI - Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.⁸²

[...]

Outro ponto importante, que gerou alguma controvérsia, a ponto de estabelecer-se limites à Súmula 331 do TST, foi o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº. 16 do STF, relativa a constitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei n. 8.666 de 1993. Com efeito, o disposto no referido artigo dispõe que a inadimplência dos encargos trabalhistas da empresa terceirizada, ou melhor, do contratado, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

Lembrando que o inciso IV da Súmula 331 refere que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Dito de outra maneira, o entendimento do TST sempre foi no sentido de que Administração Pública deveria responder automaticamente (mas subsidiariamente) pelas verbas trabalhistas não pagas, devido à responsabilidade objetiva do Estado, que tem a obrigação de fiscalizar as empresas contratadas.

Contudo, o STF quando do julgamento da ADC n. 16 entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir, *ipso iure*, à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos. Por outro lado, reconheceu que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não significa total irresponsabilidade da Administração Pública.

⁸² BRASIL. Lei n. 8.666 de junho de 1993.

Assim, as questões trabalhistas, em que envolvam a terceirização por parte da Administração Pública, deverão impor ao Poder Judiciário a necessidade de avaliar, caso a caso, para confirmar se a inadimplência da empresa prestadora teve por causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão público contratante e não mais considerá-la automática como vinha sendo aplicado pela justiça obreira.

Impende de dúvida que todo processo licitatório tem indiscutível caráter republicano, bem assim, está em absoluta conformidade com a proteção do interesse e do patrimônio público. Ou seja, para a Administração Pública existe uma instância administrativa obrigatória, quando pretenda obter serviços terceirizados. Essa obrigação de licitar limita a ação do administrador, obrigando-o a contratar empresas pelo menor custo. Esse é um dos fundamentos pelos quais se estabeleceu no artigo 71 da Lei 7.666/62, tão-somente, a responsabilidade da terceirizada em relação aos débitos trabalhistas.

Em outro quadrante, a Lei n. 8.745 de dezembro de 1993, dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal. Essa lei autorizou a contratação temporária de servidores pela Administração Pública, sem o requisito do concurso público, para atender à necessidade temporária e excepcional.

Ainda, com intuito de regulamentar o artigo 175 da atual Constituição, foi promulgada a Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

Por sua vez, a Lei n. 8.080 de setembro de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Ou seja, regulamenta as ações e serviços públicos de saúde, permitindo a terceirização desses serviços em obediência ao comando de descentralização deles, normatizados no artigo 198 da atual Constituição.

Perceba-se que o legislador, ao definir expressamente quais serviços que podem ser terceirizados, embora não de forma categórica ou definitiva, além de observar o princípio da legalidade, esclarece quais são os serviços considerados “atividade-meio” da Administração Pública.

Atualmente, como já referido alhures, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou constitucional a Lei da Terceirização (Lei 13.429/2017), que permitiu a terceirização de atividades-fim das empresas urbanas. Por maioria de votos, foram julgadas improcedentes cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 5685, 5686, 5687, 5695 e 5735) que questionavam as mudanças nas regras de terceirização de trabalho temporário introduzidas pela lei. O julgamento foi realizado na sessão virtual encerrada no dia 15/06/2020.

De lembrar que a Lei n. 13.429/17, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências, dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros, alterou dispositivos da Lei n. 6.019/74 que regula o trabalho temporário.

Ainda conforme a decisão do STF, a norma também está em consonância com a regra do concurso público e com todo o arcabouço constitucional, e caberá ao gestor, no exercício de sua competência, optar pela melhor forma de atender ao interesse público.

Ou seja, caberá ao Tribunal Superior do Trabalho atualizar a Súmula 331, a fim de reformular o entendimento de que a terceirização somente será lícita quando disser respeito à atividade-meio do tomador de serviços, e, no caso da Administração Pública, somente nos casos autorizados por lei, devendo-se observar a regra do concurso quando não for de interesse público a contratação indireta, ou terceirizada.

E mais, o instituto da terceirização somente servirá ao interesse gerencial da Administração Pública se os atos e contratos praticados pelo Estado forem considerados legítimos e legais, respeitando os direitos de cada indivíduo, da sociedade como um todo, sob a baliza constitucional, mas sempre com vista ao interesse republicano subjacente – ou bem comum -.

2. O INTERESSE PÚBLICO: UM AXIOMA REPUBLICANO

O presente tópico tem por objeto a análise do princípio da primazia do Interesse Público e sua normatividade em um Estado racional, gerencial,

globalizado e com manifesta carga multicultural, que atualmente se faz presente na maioria dos países democráticos e republicanos, em especial no Brasil.

Nesse sentido, importante as lições trazidas por Paulo Márcio Cruz quando aduz ser de fundamental importância estabelecer o significado de Interesse da Maioria como referente do princípio republicano. Além disso, para o eminente Professor, Interesse não se confunde com Direito, portanto, em um sistema republicano, ainda que o Interesse da Maioria seja sua “pedra de toque”, devem ser observados os Direitos das minorias.

Composta por duas subcategorias - Interesse e Maioria – é indicado expressar, antes, o significado de cada uma delas. Interesse significa a relação de reciprocidade entre o cidadão e um objeto que corresponde a uma necessidade social geral, que indica a formação da Coisa Pública. Maioria, por sua vez, implica que a Coisa Pública seja estabelecida a partir dos interesses majoritários dos cidadãos, que serão aferidos através de outros princípios, a exemplo do Princípio do Estado Democrático de Direito ou do Princípio da Temporalidade dos Mandatos Eletivos.

Cabe notar que interesse não significa Direito. O respeito aos direitos das minorias também é uma condição republicana, como Interesse da Maioria, pois quando alguém estiver em posição minoritária quanto a seus interesses, deverá ter seus direitos respeitados. Assim, a conjunção das duas categorias, formando uma só, significa que o Interesse da Maioria é a formação da Coisa Pública através da aferição dos desejos majoritários dos cidadãos, transformados em interesses comuns e prevalentes sobre os interesses individuais⁸³.

Ou seja, num Estado com nítida carga multicultural o Princípio Republicano pressupõe o respeito aos direitos das mais variadas culturas, etnias, orientações religiosas ou sexuais, entre outras categorias, de forma a unificar todos interesses particulares ao redor do espaço público ou da coisa pública de uma nação, formando um todo que representa a dimensão do interesse majoritário.

Como refere Paulo Márcio Cruz, desde as sociedades antigas que se busca uma forma de governo que leve o homem à convivência em associação com outras pessoas e à felicidade. Isto só seria possível quando o homem tivesse suprido suas necessidades básicas de alimento, moradia, segurança, saúde, amor, trabalho digno e satisfatório, necessidades estas que formariam seus interesses fundamentais⁸⁴.

⁸³ CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. **Sobre o Princípio Republicano**. Novos Estudos Jurídicos. Vol. 13. Número 1. Janeiro-Junho de 2008, p. 44.

⁸⁴ Idem, p. 46.

Adiante, refere que durante a história, na busca da melhor forma de governo, todos os caminhos convergiram para um único foco, o bem comum, o interesse comum, e esses deveriam prevalecer sobre os interesses individuais. O sentimento comunitário, ou seja, o interesse de todos deve estar acima dos interesses de grupos, privilegiados ou não⁸⁵.

Por outro lado, somente por meio de uma Constituição normativa e eficaz é possível compreender a importância da primazia do Interesse Público sobre o interesse particular. Sem a racionalidade de um Estado Constitucional eficaz as políticas públicas ou a própria aplicação da lei (uso da força) seriam impraticáveis. A esse caráter específico do Estado, acrescentam-se outros traços: de um lado, comporta uma racionalização do Direito com as consequências que são a especialização dos poderes legislativo e judiciário, bem como a instituição de uma polícia encarregada de proteger a segurança dos indivíduos e de assegurar a ordem pública; de outro lado, apoia-se em uma administração racional baseada em regulamentos explícitos que lhe permitem intervir nos domínios os mais diversos, desde a educação até a saúde, a economia e mesmo a cultura⁸⁶.

Um modelo ou sistema constituído somente por regras resultaria em um ordenamento jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma exaustiva e completa legislação, necessitando fixar todas as alternativas de premissas e resultados das regras jurídicas.

Os princípios têm função normogênica e sistêmica: são os fundamentos de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite “ligar” ou “amalgamar” objetivamente todo o sistema constitucional. Os princípios são normas jurídicas com um alto grau de abstração, enquanto que as regras possuem uma abstração relativamente reduzida. A ordem jurídica é, normalmente, portanto, um entrelaçado de regras e princípios.

No Brasil, como em outros países da banda ocidental, os princípios constitucionais, por serem a expressão dos valores fundamentais da Sociedade criadora do Direito, fazem com que a Constituição não seja somente um aglomerado de normas jurídicas, e sim a concretização dos valores daquele ordenamento jurídico, devendo haver uma total harmonia entre os princípios e regras, por serem essas espécies do gênero norma.

Os princípios constitucionais são instrumentos “superiores” para a interpretação, aplicação e mutação constitucional; mais ainda, o Princípio Republicano, princípio político-ideológico, que é o valor mais elevado inscrito na Constituição da República Federativa do Brasil.

⁸⁵ CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. **Sobre o Princípio Republicano**. Novos Estudos Jurídicos. Vol. 13. Número 1. Janeiro-Junho de 2008, p. 47.

⁸⁶ MALISKA, Marcos Augusto. **Max weber e o Estado racional moderno**. Disponível em [MAX WEBER E O ESTADO RACIONAL MODERNO | Maliska | Revista Eletrônica do CEJUR \(ufpr.br\)](https://www.revista.cejur.ufpr.br/revista/revista-eletronica-do-cejur-ufpr-br/2021-03-15-20-21). Acesso em 15 de março de 2021, pp. 20-21.

O Princípio Republicano foi a opção feita pelos constituintes brasileiros originários de 1988, que o estabeleceram como o fundamento de todo sistema normativo e como balizador da criação do “espaço público” ou da “Coisa Pública”.⁸⁷

Finalmente, há de perceber que o Princípio Republicano é um princípio que traduz a liberdade dos cidadãos, na medida em que permite que o interesse coletivo balize o interesse particular, observados os limites do Estado Democrático de Direito, aos Direitos Humanos, à Dignidade da Pessoa Humana, à Temporalidade dos Mandatos Eletivos, à Democracia Direta e Representativa e aos demais princípios constitucionais modernos.

Portanto, como ensina o Professor Paulo Márcio Cruz, a República, a partir de meados do Século XX, deveria passar a ser o principal contraponto ao individualismo asséptico do liberalismo. E, atualmente, deveria ser o contraponto ao capitalismo “desterritorializado” da globalização. A republicanização da globalização⁸⁸.

2.1 A primazia do interesse público e sua normatividade

Tradicionalmente, o Estado se apresenta como uma organização denominada sociedade política. Nessa sociedade, existem normas jurídicas escritas, e, também, uma hierarquia entre os governantes e governados, todos imbuídos na busca do bem comum. Não fosse assim, não haveria razão de as pessoas individualmente, as famílias, as ordens econômicas, religiosas, civis, públicas ou privadas reunirem-se em torno de um ente único.

As concepções de Estado são cambiantes em muitos momentos da história, o que obviamente não se trata de nenhuma novidade. Igualmente, observa-se que há alterações em decorrência do sentido ideológico e sua carga axiológica imanente.

Desde a época em que o vocábulo Estado passou a ter foros jurídicos, em substituição aos clássicos *pólis*, *civitas*, *respublica* e *imperium*, misturam-se os significados de Estado e Governo. Mas o termo Estado jamais foi empregado de modo explícito na antiguidade, não obstante a noção de Estado achar-se

⁸⁷ CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. **Sobre o Princípio Republicano**. *Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 13. Número 1. Janeiro-Junho de 2008, p. 48.

⁸⁸ Idem, p. 49.

implícita no conceito antigo de cidade (*civitas*), que implicava essencialmente corpo político, ou sociedade política como nos dias de hoje.

Com o passar do tempo, a percepção de Estado é impregnada, à conveniência dos que buscam a sua ressignificação, em uma mescla de ideias muitas vezes desvirtuadoras de seu signo histórico. Assim, importam as palavras de Bobbio ao referir que:

Nenhum termo da linguagem política é ideologicamente neutro. Cada um deles pode ser usado como base na orientação política do usuário para gerar reações emocionais, para obter aprovação ou desaprovação de um certo comportamento, para provocar, enfim, consenso ou dissenso. Apesar do esforço em se evitar o uso da linguagem prescritiva, a presunção do dever ser, e apesar de se haver preferido a descrição dos diversos significados ideológicos em que um termo é usado à imposição de um deles, ou seja, apesar de se ter procurado falar da maneira mais neutral possível de termos que em si mesmos nunca são neutros, não se pode excluir que os autores dos verbetes, sobretudo daqueles em cujo conteúdo mais se agitam e mais são agitadas as paixões partidárias, tenham deixado transparecer suas simpatias ou antipatias. A impassibilidade é uma virtude difícil. E quando é levada até suas extremas consequências do desapareço ou da indiferença não é nem sequer uma virtude.⁸⁹

Verbi gratia, empregou Machiavel, outrora, a palavra Estado como equivalente a “soberanias que têm ou tiveram autoridade sobre os homens”, conceito que, ainda quando se o interprete como uma abstração, é aparentado ao “grande Leviatã” de Hobbes, ou seja, a personalização da instituição estatal como poder independente e superior ao homem, sendo o príncipe detentor dessa soberania⁹⁰.

Inegável que a noção de Estado, para os países do ocidente, a partir das revoluções burguesas, passa por uma redefinição fundamental. É o próprio sistema político que começa a observar os chamados direitos individuais burgueses, que assumem proeminência máxima para estabelecer os limites e possibilidades ao Estado moderno, em relação ao homem e ao “livre mercado”. A moral antes metafísica passa a ser pautada pelo individualismo da racionalidade humana. Além disso, observa-se a proeminência de um Estado pautado pelo formalismo burocrático.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Fragmentos de um dicionário político**. Editora Paz e Terra. 23ª ed., 2020. Tradução Marco aurélio Nogueira, p. 8-9.

⁹⁰ MORAES, Emanuel de. **A Origem e as transformações do Estado**. Ed. Imago. Rio de Janeiro. 1996, p. 16.

Mais adiante na história dos países ocidentais, surge, principalmente ao fim das grandes guerras do século XX, uma nova noção de Estado, que mantém ainda seus próprios limites em relação ao indivíduo, mas passa se preocupar também com a solução de problemas sociais.

Aquilo que, como produto revolucionário, fora tão somente do ponto de vista histórico, a Constituição de uma classe se transformava pela imputação dos liberais no conceito genérico de Constituição, de todas as classes. Assim perdurou até que a crise social do século XX escrevesse as novas Declarações de Direito, invalidando o substrato material individualista daquelas Constituições, já de todo ultrapassado⁹¹.

É a “competência da competência”, ou ainda, é o Estado, por meio do ordenamento a limitar a soberania dele próprio e, para além, comprometendo-se materialmente com Constituições criadas por sociedades democráticas, livres e igualitárias.

O Estado de Direito advém das ideias políticas existentes no século XIX, baseado numa legitimação racional a qual gerou a despersonalização do poder político, ou seja, deixa-se de obedecer àquele em virtude de determinação divina ou de sua capacidade de liderança, passando a obedecer às determinações impostas pelo governo, que nada mais são do que decisões da própria nação, o governo do povo. Assim, nasce a ideia de um Estado onde prevalecem as leis e não a vontade do governante, em que os indivíduos irão exercer o poder político⁹².

A partir da percepção liberal neste quadrante histórico, equivocar-se-ia conceber o Estado puramente como Estado-força, i. e. supremo *a priori*, eis que os atos praticados pelo Estado Republicano e Democrático devem ser considerados legítimos e legais quando buscam os seus objetivos próprios, isto é, o interesse público ou o bem comum, porém respeitando as liberdades civis de cada indivíduo e dos direitos da sociedade como um todo, sob a baliza política e jurídica da Constituição legislada.

O Estado está para a sociedade, assim como a sociedade está para o Estado, numa constante dialética entre poderes e limites, e somente em casos

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Malheiros Ltda., São Paulo. 9ª Edição, 2000, p. 23.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 8-10.

específicos poderá atuar o Estado com sua força coativa, em decorrência de uma espécie de mandato social dentro dos limites impostos pelo ordenamento.

Perceba-se, a propósito, que força coativa (psicológica ou material) provém do Direito e não do Estado. O Direito posto advém do pressuposto, como nos ensina Eros Grau⁹³. Igualmente importante são as palavras de León Duguit:

A existência de um direito é incontestável e, nesse sentido, até mesmo irremediável, pois não se pode conceber a inexistência de um direito. A concepção de que o direito só pode ser concebido como criação do Estado, restringindo seu surgimento ao dia em que um Estado constituído o formulou ou, pelo menos, o sancionou, disseminou-se sobre tudo na Alemanha, sob a influência de Hegel e Ihering. Segundo nos parece, essa concepção deve ser energicamente repudiada. Ainda que não se possa admitir o fundamento do direito anterior à criação do Estado, deve-se reconhecer, “como postulado”, a existência de um direito superior e anterior ao Estado⁹⁴. [...]

As exigências republicanas e democráticas de bem comum, presentes nas modernas Constituições, devem ser lidas não no sentido da soma dos interesses particulares, não uma coalizão de egoísmos, mas sim, sob um enfoque que condiciona o bem e o progresso de toda a sociedade, sem constituir propriedade de ninguém, mas de todos. E, assim, legitima-se o poder do Estado, cuja razão de ser está em assegurar a ordem, manter a paz e contribuir para a prosperidade social, seja quando intervém ou quando se mantém neutro.

Note-se, destarte, a necessidade de que política e moral devam, antes de mais nada, estar em uma união simbiótica, ainda que sejam conceitos distintos. Com efeito, enquanto a moral tem por objetivo o indivíduo, a política a coletividade.

A noção-chave do conceito aristotélico de bem comum é a convivência humana na pólis, garantidora do desenvolvimento moral do cidadão e estrada que conduz o homem ao bem supremo da felicidade (noção de vida boa), por meio da virtuosa ação política na esfera pública.

Vemos que toda a cidade é uma espécie de comunidade, e toda a comunidade se forma com vistas a algum bem, pois todas as ações de todos os homens são praticadas com vistas ao que lhes parece um bem; se todas as comunidades visam a algum bem, é evidente que a mais importante de todas elas e que inclui todas as outras tem mais

⁹³ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9ª ed. Ed. Malheiros. São Paulo. 2014, p. 70.

⁹⁴ DUGIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Editora ícone, São Paulo. Ed. 1996, p. 9.

que todas esse objetivo e visa o mais importante de todos os bens; ela se chama cidade e é a comunidade política⁹⁵.

Nessa busca pela racionalidade dos fins, Aristóteles defendia que “toda ação e todo propósito, visam a algum bem”. Com o objetivo de descrever o que seria o bem comum, Aristóteles identifica uma forma de vida agradável, que está relacionada aos prazeres. Mas alerta que a vida dedicada a ganhar dinheiro é vivida sob compulsão, e obviamente ela não é o bem que se procura. Por isso, é preciso haver uma orientação para o agir que não esteja submetido à busca do prazer de cada um (eudaimonia). A solução aristotélica seria “agir de acordo com a reta razão”, que exige do agente algumas condições: agir conscientemente, deliberadamente (deve “deliberar em função dos próprios atos”) e agir de acordo com uma disposição moral firme e imutável. A reta razão exige que as ações sejam orientadas pelo meio termo, que seria “aquilo que é equidistante em relação a cada um dos extremos, e que é único e o mesmo em relação a todos os homens”⁹⁶.

A moral política pode ser compreendida, portanto, na exata medida em que se compreende que o objetivo do Estado é a virtude, isto é, o direcionamento moral dos cidadãos, ao traçar um conjunto de meios necessários para esse objetivo – bem comum -.

Perceba-se, porém, que na formação dos Estados nem sempre moral e política caminharam juntas. Aristóteles por exemplo, lá antiguidade, classificou seis formas de governo: aquele que é um só para todos (realeza), de alguns para todos (aristocracia) e de todos para todos (regime constitucional). Os outros três modos (tirania, oligarquia e democracia) seriam deturpações, degenerações dos anteriores, ou seja, não governam em vista do bem comum⁹⁷.

Com efeito, o Estado, como ente que congrega uma multiplicidade de indivíduos e equaliza uma imensidão de interesses, pode estar em determinados momentos em uma posição “funcionalmente” superior ao indivíduo, porquanto o interesse da coletividade, nesses instantes, será superior ao indivíduo, e o bem

⁹⁵ ARISTÓTELES. **Política**. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1985. Trad. Mario da Gama Kury, p. 19.

⁹⁶ DE SOUZA, Leonardo da Rocha. **A teoria do discurso de Habermas como solução procedimental ao pluralismo na concepção dos direitos humanos**. Disponível em: www.publicadireito.com.br. Acesso em 10 de fevereiro de 2021, p. 12.

⁹⁷ ARISTÓTELES. **Política**. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1985. Trad. Mario da Gama Kury, p. 92.

comum superior ao bem particular. Em outra quadra, existem direitos e interesses individuais, inerentes e constitutivos de uma dimensão personalista da dignidade humana, que não podem estar submetidos a uma lógica de compatibilidade aos cambiantes interesses da coletividade.

A realidade multicultural das sociedades complexas gera diferentes concepções de direitos humanos e ambivalências cada vez mais nítidas a partir da era moderna. Heiner Bielefeldt deixa isso claro ao analisar a racionalização, a individualização, a igualdade social, a autonomia e o pluralismo religioso, cultural e de cosmovisões. A existência de um pluralismo de pontos de vista e de concepções de vida fez com que houvesse uma desvalorização da fundamentação transcendental para a validade da moral. Diante dessa desvalorização e em face do pluralismo, Habermas percebe a necessidade de uma solução procedimental para a fundamentação da moral, estabelecendo parâmetros para uma teoria do discurso que possibilite a concordância dos envolvidos no discurso, a concordância dos atingidos pela norma e o desenvolvimento de processos argumentativos⁹⁸.

Difícil, portanto, num mundo multicultural, avesso a padronizações, em que diferentes visões de boa vida percorrem os horizontes de uma mesma nação, estabelecer a legitimidade do poder político ou jurídico do Estado, ainda que direcionado ao bem comum (o que é bem comum, nessa ótica multicultural?), à justa medida (para quem?). Ainda que se recorra a qualquer procedimentalismo pensado por Habermas ou Rawls, por exemplo, cabe à sociedade política a construção do sentido constitucional de boa vida, conforme os seus valores morais em diferentes momentos históricos.

É nessa ordem de estudos que o Estado, graças a uma análise fenomenológico-histórica, surge com uma entidade tridimensional consistindo no *factum social* de uma convivência ordenada (substratum social e formas do poder político) segundo um sistema de normas (ordenamento jurídico) na medida e em função de um mundo de valores (dimensão axiológicopolítica)⁹⁹.

⁹⁸ DE SOUZA, Leonardo da Rocha. **A teoria do discurso de Habermas como solução procedimental ao pluralismo na concepção dos direitos humanos**. Disponível em: www.publicadireito.com.br. Acesso em 10 de fevereiro de 2021, p. 1.

⁹⁹ REALE, Miguel. Direito e Teoria do Estado. Disponível em [Vista do Direito e teoria do Estado \(usp.br\)](http://Vista do Direito e teoria do Estado (usp.br)). Acesso 15 de março de 2021, p. 87.

Uma sociedade política existe onde haja uma convivência dialética do indivíduo com sua totalidade (direcionados a boa vida ou bem comum) ao mesmo tempo em que está sujeito a um complexo de regras garantidas por um poder uno assentado em valores comunitários (que podem ser variados).

Perceba-se, a partir de então, que o conceito de interesse pertence, em um primeiro momento, à esfera psíquica do indivíduo e, dependendo de sua intensidade, transcende à esfera social e, de igual forma, conforme sua intensidade, reflexos e consequências, torna-se pertinente ao mundo jurídico ou político, acrescentando-se. Nesse momento é que se verifica a sua alocação em um sistema previamente determinado de gestão desses interesses, no sentido de organizá-los de forma que, sinergicamente, se ocupem a promover um equitativo desenvolvimento de todos os envolvidos neste sistema público de gestão de interesses intersubjetivos. Alcançar o vetor para se determinar qual interesse deve preponderar ante os demais (como o resultado que traga um bem comum – fruto desta necessária gestão pública -) é um desafio ainda a ser alcançado, mediante uma vigorosa atividade do Estado¹⁰⁰.

Assim, surge a noção ou o conceito forte de Interesse Público, que pode ser compreendido como produto das forças de uma dada sociedade (jurídicas, políticas, econômicas, religiosas, dentre outras) concretizadas em certo momento e espaço que exprime o melhor valor de desenvolvimento de um maior número possível de pessoas dessa mesma sociedade. Então, alcançar esse produto, considerando as forças de uma sociedade, é o dever primordial do Estado, conforme o art. 3.º da atual Constituição¹⁰¹.

A República está associada ao Direito, como diz Renato Janine Ribeiro. Estando a lei acima dos interesses particulares, ela é pública e não privada, encontrando-se então presente o Princípio Republicano da prioridade, conferida à Coisa Pública, que é formada a partir do Interesse da Maioria.

Para a promoção da Coisa Pública, é necessário que o próprio público a controle, sendo não somente o beneficiário, mas o responsável e autor do bem comum, através de outro princípio constitucional Político-Ideológico, o do Estado Democrático de Direito.

[...] A República é a forma de governo na qual a Democracia se funde ao Estado de Direito. Convicções democráticas podem levar a uma

¹⁰⁰ FRANÇA, Phillip Gil. **Interesse público, um conhecido conceito "não indeterminado"**. Direito do Estado, 2016. Disponível: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/phillip-gil-franca/interesse-publico-um-conhecido-conceito-nao-indeterminado>. Acesso: 05 de Fevereiro de 2020, p. 2.

¹⁰¹ Idem, p. 3.

revolução, mas o que a converterá em Estado e em Direito, em duração, é o Princípio Republicano. A Democracia precisa da República. E quanto maior for o controle popular, quanto mais capazes de distinguir o bem comum dos interesses privados, mais republicanas serão estas pessoas e mais democrático será o poder.

Um regime democrático, ao satisfazer os desejos, necessita respeitar o espaço público do bem comum, pois a República é o espaço em que as mesmas pessoas mandam e obedecem. A articulação entre a República e a Democracia é a participação e a dedicação à coisa comum, à coisa coletiva.

[...] Quando os cidadãos se tornam mais iguais e semelhantes, tendem a diminuir sua crença em um homem ou em certa classe, e se dispõem a acreditar no conjunto dos cidadãos, ou seja, na opinião da maioria. Havendo igualdade, o homem deixa de ter fé uns nos outros, e passa a confiar no julgamento do público, pois lhe parece que a verdade se encontra ao lado da maioria.¹⁰²

Dito de outra maneira, em muitos momentos o Interesse Público terá primazia sobre o interesse do particular, mas em outros momentos o Estado cortará na carne suas prerrogativas. Nesse norte, importante ressaltar, que sempre estarão os objetivos estabelecidos na Constituição. Mas essa aferição será realizada no caso concreto, ora para estabelecer, por exemplo, uma política pública de saúde ou educação, ora para que o Poder Judiciário decida em favor de uma minoria excluída, ora para que o Parlamento escolha qual melhor legislação terá a amplitude social desejada, etc.

O dever de pagar tributo pode ser observado como um grande exemplo da primazia do público sobre o particular, o qual possui uma dimensão de dever fundamental. Dito de outra forma, tributo se paga não porque seja prazeroso, mas por ser, também, obrigação moral e virtude do cidadão. Há, destarte, nítido Interesse Público na atividade fiscal do Estado.

Essa perfunctória digressão permite pensar qual tipo de Estado será escolhido e como poderão ser estabelecidos os mais diversos “interesses públicos” e sua normatividade intrínseca.

De qualquer sorte, o Interesse Público, reconhecido como princípio basilar de uma ordenação social, jurídica e política justa, será sempre posto à prova e será objeto de questionamentos. E, muitas vezes, será dessa forma que o Interesse Público demonstrará sua relevância ontológica, isto é, quando for o momento da sua determinação e concretização, não apenas no mundo dos fatos,

¹⁰² CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. **Sobre o Princípio Republicano**. Novos Estudos Jurídicos. Vol. 13. Número 1. Janeiro-Junho de 2008, p. 47.

do ser, mas também quando se exige determinado comportamento do agente, e, portanto, no campo do dever ser.

Ainda que se apregoe que o Interesse Público possa ser definido um conceito jurídico indeterminado, Karl Engisch aponta que conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. Indo além, o jurista germânico aduz que os conceitos jurídicos ainda que predominantemente indeterminados são conceitos normativos, e não meramente descritivos¹⁰³.

O Interesse Público, para além de ser a “pedra de toque” do regime jurídico administrativo, pode ser observado em maior ou menor escala quando da constituição de ordenamentos sociais, conforme determinada sociedade queira construir. Por óbvio, dependendo do tipo de Estado que se busca em uma sociedade, ter-se-á uma maior ou menor carga normativa aplicável ao princípio ora em estudo. Mas percebe-se que, apesar de ter uma concepção normativa dúctil, em nenhum momento o Interesse Público, como primazia, deixará de ser considerado um princípio e, portanto, presente no ordenamento jurídico constitucional.

De referir que a Constituição de 1988 foi resultado de um “processo dialético de forças opostas” e o seu texto, a despeito das reformas constitucionais posteriores, constitui reflexo de uma assimetria entre conservadores e progressistas, albergando tanto uma gramática de direitos fundamentais quanto interesses do conjunto social, dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade. Nessa linha, sem embargo da relevância dos direitos fundamentais consignados na Constituição Federal, o referido princípio da supremacia, conquanto não expresso, pode e deve ser reconduzido a diversos dispositivos constitucionais tais como: o princípio da função social da propriedade, do valor social do trabalho, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), dentre outros. Ou seja, possui clara referibilidade à normatividade constitucional brasileira. De qualquer sorte, é importante compreender que a primazia do Interesse Público sobre o particular é princípio central e inerente ao Direito, noção de primeira grandeza radicada implicitamente em diversos dispositivos da Constituição. Defender a fundamentalidade da referida supremacia é partilhar de uma mesma compreensão, conforme nos

¹⁰³ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. 2ª Edição, 1965, p. 173-175.

acena Celso Antônio Bandeira de Mello, acerca do interesse público enquanto resultado do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem¹⁰⁴.

Ressalte-se que não se está pregando aqui a aplicação apriorística do princípio da primazia do Interesse Público sobre o interesse individual. Absolutamente, essa posição importaria na assunção de uma postura arbitrária, policialesca, de afronta aos valores humanos contidos expressamente no atual texto constitucional. Porém, do outro lado da mesma moeda, tem-se que em um Estado Republicano não há como reduzir-se o princípio da Primazia do Interesse Público a um conceito destituído de valor, sob pena de estatuir-se um estatismo sem Estado, ou uma Democracia sem República, e a supremacia do individual sobre o público.

Em síntese, estão presentes no conceito de República, que busquei delinear, fazendo também referência aos desdobramentos da ideia republicana em nosso país: (i) a ênfase no bem público, que não se confunde com o interesse dos particulares; (ii) a importância do papel do direito para impedir a violência e o arbítrio; (iii) as virtudes cívicas de cidadania, necessárias para aperfeiçoar a convivência coletiva, voltada para a utilidade comum que tem como um de seus ingredientes o tema da educação pública ao alcance de todos; e (iv), o princípio federalista como fórmula capaz de conciliar o tamanho com a proximidade, tanto no plano interno quanto no plano internacional¹⁰⁵.

Perceba-se que as ações do homem serão virtuosas apenas no trato com as diversas situações da ação nas quais, confrontado com os extremos das suas paixões, o homem opta pelo meio termo. Esta ideia reguladora encontra-se na base da noção de ponderação ou *phrónesis* que, por sua vez, sustenta a hoje resgatada máxima ou regra da proporcionalidade, desenvolvida por muitos juristas com os necessários ajustes, peculiares a cada teoria, como meio de sopesamento quando da colisão de normas jurídicas ou como forma de

¹⁰⁴ DE OLIVEIRA, Larissa Pinha. **A falácia da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**. Revista Brasileira de Direito, IMED, Vol. 9, nº 1, jan-jun 2013, p. 56.

¹⁰⁵ LAFER, Celso. **O Significado de República**. Estudos Históricos. Rio de Janeiro. Volume 2, n. 4, 1989. Disponível em [2286-Texto do Artigo-3765-1-10-20091119 \(1\).pdf](#). Acesso 15 de março de 2021, pp. 221-222.

mensurar o grau de exercício do poder de polícia, administrativa ou judiciária em um Estado republicano¹⁰⁶.

E, é nesse contexto que o princípio da proporcionalidade assume relevante papel na conformação e no condicionamento dos princípios jurídicos, na medida em que se compreenda como princípios todas as normas que se encontram na base do sistema e que informam os valores a serem utilizados na construção do ordenamento jurídico.

Para Alexy, tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. Mas o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo ela exige; nem mais nem menos¹⁰⁷.

O princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Mas esse princípio será objeto de melhor análise em outro estudo de maior profundidade teórica. Por ora aceitar-se-á a essa breve noção, a fim de obter-se uma distinção entre Ato Administrativo Vinculado e Ato Administrativo Discricionário na aferição do Interesse Público e sua primazia no caso concreto.

¹⁰⁶ CRUZ, Paulo Márcio; CADERNARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Sobre o princípio republicano: aportes para um entendimento de bem comum e interesses da maioria.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/14_98.pdf. Acesso em: 01/03/2021, p. 850.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros Ltda, São Paulo. 5ª ed., 2008, pp. 87-92.

Portanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade está relacionada diretamente com os atos discricionários praticados pelo Administrador Público, em que a sua revisão pelo Poder Judiciário é categoricamente aceita. Ou seja, na ausência de uma regra exata para a situação fática, sempre que o Administrador Público for praticar algum ato, primeiro é necessário que no seu mérito seja analisada a sua necessidade ao caso concreto, se o ato é o mais adequado ao fim perseguido pelo Interesse Público, bem assim, se o Interesse Público justifica eventual restrição aos direitos fundamentais do cidadão. Igualmente, para o caso de revisão judicial, o ato administrativo praticado em nome do princípio do Interesse Público pode ser sopesado pelo Poder Judiciário, com base no princípio da proporcionalidade em que os demais princípios dos artigos 5º, 6º, 7º e 37 da atual Constituição servirão como norte para aferição de eventual afronta a algum direito individual ou coletivo. A própria lei ou os princípios constitucionais serão os limites do ato discricionário praticados pelo Administrador Público.

Porém, nos casos em que o Ato Administrativo esteja vinculado a determinada hipótese legal, não há cabimento para aplicação do princípio da proporcionalidade, porque tanto os meios quanto os fins do ato já estão previstos nas regras. *In casu*, a proporcionalidade já é aferida, *ab ovo*, pelo ato legislativo. Porém, ainda assim, a razoabilidade deve ser observada para a aferição dos cinco elementos constitutivos do ato administrativo, ou seja, competência funcional do agente, o seu objeto, a sua finalidade, o motivo (ainda que definido na lei, é necessário que o agente trace brevemente a situação que determina ou possibilita a sua atuação) e sua forma, como meio de exteriorização do Ato Administrativo.

Enfim, encerra-se o presente tópico com a necessidade de entender que reduzir-se o princípio da Supremacia do Interesse Público a um bordão anacrônico e destituído de qualquer valor normativo é o mesmo que admitir, como referido alhures, em um “estatismo sem Estado”¹⁰⁸.

Com efeito, isso se explica com uma noção moderna de crise no poder e na política, de sorte que o poder (de Estados-nações, como o Brasil) é solapado

¹⁰⁸ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise**. Editora Zahar, Rio de Janeiro, 2016. Tradução Renato Aguiar, pp. 22-38.

por grupos financeiros e forças supranacionais que escapam de qualquer controle democrático interno.

A crise na política significa ausência de políticas públicas. Perceba-se que a “governança” se tornou palavra de ordem de governos utilitaristas, que adotam esse modelo, oriundo do modelo de gestão de empresas privadas. E isso é óbvio, já que a nova versão de Estado que se apresenta não se sente mais responsável por seu povo (bem comum), pois implementa uma administração neoliberal, que se revela uma técnica de governo indireta, que é contrária ao ato de governar. Governar sugere atividades sustentadas por uma autoridade formal e pelo poder de polícia que garante a implementação das políticas devidamente instituídas, ao passo que o conceito de “governança”, não implica exatamente o comprometimento público, mas sim, o enfraquecimento das noções éticas de boa vida ou bem comum.

2.2 A administração pública e sua caracterização

Em um foco mais dogmático, estudar-se-á neste tópico a Administração Pública, mas não apenas pela noção tripartite do Poder do Estado.

Gasparini nos ensina que podem ser utilizados dois outros critérios classificatórios para a expressão. Um formal, também chamado de orgânico, e outro material, ou objetivo. No primeiro caso, indica um complexo de órgãos responsáveis por funções administrativas ou, dito de outra maneira, Administração pública, sob o viés formal/orgânico, representa a figura própria do Estado seja em sua representação direta, indireta ou fundacional, dos Poderes da União, Estados ou Municípios. No segundo caso, indica um complexo de atividades concretas e imediatas desempenhadas pelo Estado sob os termos e condições da lei, visando o atendimento das necessidades coletivas, nesse caso utiliza-se a expressão sem as letras maiúsculas iniciais¹⁰⁹.

Dito de outra forma, é necessário distinguir as noções de Governo e Administração. O primeiro pode ser categorizado como o conjunto de Poderes do Estado ou, em outro sentido, pode ser tomado por um conjunto de órgãos ou funções com competências específicas de governo. De seu turno, a

¹⁰⁹ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. Editora Saraiva, São Paulo. 7ª ed., 2002, p. 41.

administração pública é o instrumento-meio de governo, utilizado pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos, mediante atividades próprias praticadas por pessoas físicas.

Após a organização soberana do Estado, com a instituição constitucional dos três Poderes que compõem o Governo, e a divisão política do território nacional, segue-se a organização da Administração, ou seja, a estruturação legal das entidades e órgãos que irão desempenhar as funções, através de agentes públicos (pessoas físicas). Essa organização faz-se normalmente por lei, e excepcionalmente por decreto e normas inferiores, quando não exige a criação de cargos nem aumenta a despesa pública.

Nesse campo estrutural e funcional do Estado atua o moderno Direito Administrativo organizatório, auxiliado pelas contemporâneas técnicas de administração, aquele estabelecendo o ordenamento jurídico dos órgãos, das funções e dos agentes que irão desempenhá-las, e estas informando sobre o modo mais eficiente e econômico de realizá-las em benefício da coletividade. O Direito Administrativo impõe as regras jurídicas de organização e funcionamento do complexo estatal; as técnicas de administração indicam os instrumentos e a conduta mais adequada ao pleno desempenho das atribuições da Administração. Assim, embora sendo disciplinas diferentes, ambas devem coexistir em toda organização estatal, autárquica, fundacional e paraestatal, a fim de bem ordenar os órgãos, distribuir as funções, fixar as competências e capacitar os agentes para a satisfatória prestação dos serviços públicos ou de interesse coletivo, objetivo final e supremo do Estado em todos os setores do Governo e da Administração¹¹⁰.

Perceba-se que o Estado não fala por si, ele o faz por meio de seus agentes, de sorte ser de fundamental importância que seus atos sejam realizados por pessoas contratadas ou recrutadas.

E, mais, o Estado assim como pode ser sujeito de direitos, igualmente responde com seu patrimônio pelos atos ilícitos praticados por seus agentes, nessa condição. O Estado é uma entidade metajurídica, ou melhor, uma espécie de “superorganismo” ou um poderoso “organismo” social, pressuposto do Direito e, ao mesmo tempo, sujeito jurídico que pressupõe o Direito porque lhe está submetido, é por ele obrigado e dele recebe direitos.

Na percepção de Kelsen, o Estado não é um objeto que possa ser apreendido pelos sentidos humanos. Mesmo que, em qualquer sentido, o Estado fosse composto de seres humanos, ele não poderia ser um corpo composto de corpos humanos individuais, como um organismo é composto de células. O Estado não é um corpo visível ou tangível. Portanto os atos praticados pelo

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª edição, 2015. Editora Malheiros, São Paulo, p. 67.

Estado são imputações feitas pelos atos realizados por pessoas capacitadas para tal agir. Os indivíduos cujas ações são consideradas atos do Estado, cujas ações são imputadas ao Estado, são designados “órgãos” do Estado¹¹¹.

Como pessoa jurídica que é, o Estado, entidade real, porém abstrata (ser de razão), não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica e vida anímica próprias. Estas só os seres biológicos as possuem. Tal fato não significa, entretanto, que lhe faltem vontade e ação, juridicamente falando, ou seja, sob o prisma do Direito. Dado que o Estado não possui, nem pode possuir, um querer ou um agir psíquico e físico, por si próprio, como entidade lógica que é, sua vontade e sua atuação se constituem na e pela vontade e atuação dos seres físicos prepostos à condição de seus agentes, na medida em que se apresentam revestidos dessa qualidade¹¹².

Administrar o público, interesses e patrimônio, pressupõe atividades típicas das pessoas humanas, que nessa condição se tornam agentes públicos, pois investidos nessa função.

Porém, os agentes não são representantes do Estado, mas o próprio Estado, o meio pelo qual o Estado se comunica, se põe em movimento, se impõe se sustenta. Dessa sorte, sem a instrumentalização por meio de recursos humanos atividade estatal alguma poderia ser realizada, razão pela qual é de suma importância para a sociedade que haja a correta realização desse aparelhamento estatal.

Nesse sentido, a *teoria do órgão* veio substituir as superadas teorias do mandato e da representação, pelas quais se pretendeu explicar como se atribuiriam ao Estado e às demais pessoas jurídicas públicas os atos das pessoas humanas que agissem em seu nome. Pela teoria do mandato considerava-se o agente (pessoa física) como mandatário da pessoa jurídica, mas essa teoria ruiu diante da só indagação de quem outorgaria o mandato. Pela teoria da representação considerava-se o agente como representante da pessoa, à semelhança do tutor e do curador dos incapazes. Mas como se pode conceber que o incapaz outorgue validamente a sua própria representação? Diante da imprestabilidade dessas duas concepções doutrinárias, Gierke formulou a teoria do órgão, segundo a qual as pessoas jurídicas expressam a

¹¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Editora Martins Fontes, São Paulo. 1ª edição, 1990. Tradução Luís Carlos Borges, pp. 192-193.

¹¹² ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. Editora Malheiros, São Paulo: 2014, p. 66.

sua vontade através de seus próprios órgãos, titularizados por seus agentes (pessoas humanas), na forma de sua organização interna. O órgão - sustentou Gierke - é parte do corpo da entidade e, assim, todas as suas manifestações de vontade são consideradas como da própria entidade (OTTO GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie in die deutsche Rechtsprechung*, Berlim, 1887)¹¹³.

A aceitação é praticamente incontestada dessa doutrina, e muito difundida no Direito Administrativo pátrio. Não obstante ser interessante sob o ponto de vista da organização da estrutura administrativa do Estado, mistura-se, de forma involuntária, com a *teoria da imputação* de Kelsen.

Talvez doutrinadores de estirpe tenham partido do equívoco linguístico de Hely Lopes Meireles, quando explica a *teoria orgânica* de Gierke:

1.5.1 Órgãos públicos - São centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é **imputada à pessoa jurídica a que pertencem**. São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal. [...]

A atuação dos órgãos é **imputada à pessoa jurídica que eles integram**, mas nenhum órgão a representa juridicamente. A representação legal da entidade é atribuição de determinados agentes (pessoas físicas), tais como os Procuradores judiciais e administrativos e, em alguns casos, o próprio Chefe do Executivo (CPC/73, art. 12, 1, II e VI - CPC/2015, art. 75, 1 a IV). Não se confunda, portanto, a **imputação da atividade funcional do órgão à pessoa jurídica** com a representação desta perante a Justiça ou terceiros: a imputação é da atuação do órgão à entidade a que ele pertence; a representação é perante terceiros ou em juízo, por certos agentes¹¹⁴. (grifou-se).

Raquel Dias da Silveira, igualmente refere:

Segundo a teoria do órgão, este não é estranho à pessoa jurídica, mas parte integrante dela. Como elemento constitutivo da pessoa jurídica, mas parte integrante dela. Como elemento constitutivo da pessoa jurídica, o órgão não tem personalidade diferenciada da entidade a qual integra. (...). A vontade das pessoas jurídicas que integram a Administração Pública se expressa por intermédio dos agentes públicos, que, por sua vez, incorporam a vontade do Estado, conforme a '*teoria da imputação*'.¹¹⁵ (destaque no original)

¹¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª edição, 2015. Editora Malheiros, São Paulo, p. 71.

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª edição, 2015. Editora Malheiros, São Paulo, pp.72-73.

¹¹⁵ *Apud* ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. Editora Malheiros, São Paulo: 2014, p. 67.

Veja-se que Kelsen frisa que o problema do Estado como uma pessoa jurídica, isto é, como sujeito agente e sujeito de deveres e direitos, é, no essencial, o mesmo problema que se põe para a corporação como pessoa jurídica. Também o Estado é uma espécie de corporação, ou seja, uma comunidade que é constituída por uma ordem normativa que institui órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho, órgãos esses que são providos na sua função mediata ou imediatamente¹¹⁶.

A dualidade de Estado e Direito é, na verdade, um dos fundamentos da ciência política e da jurisprudência modernas. Contudo, esse dualismo é teoricamente indefensável. O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica, não mais do que a corporação é distinta de sua ordem constitutiva.

[...]

Como não temos nenhum motivo para supor que existam duas ordens normativas diferentes, a ordem do Estado e sua ordem jurídica, devemos admitir que a comunidade a que chamamos de Estado é a sua ordem jurídica¹¹⁷.

Perceba-se que o filósofo germânico enxerga o Estado como criador e criatura do Direito, no sentido de que ao mesmo tempo que cria o Direito é por ele criado e suas ações limitadas, e nesse sentido critica o conceito sociológico de Estado porque não há como comprovar que exista uma realidade social independente de sua ordem jurídica. Nessa quadra interpretativa, a teoria orgânica de Gierke é questionada ao não explicar cientificamente o fenômeno Estado, pois tão-somente busca resguardar o Estado como instituição, confirmar a autoridade dos órgãos do Estado e aumentar a obediência dos cidadãos¹¹⁸.

O resultado de nossa análise é o de que não existe um conceito sociológico de Estado diferente do conceito de ordem jurídica; e isso significa que podemos descrever a realidade social sem usar o termo Estado¹¹⁹.

Então, o problema do Estado, que é um ente invisível, intangível, mas capaz de executar atos e praticar ações, seria um problema de imputação, ou melhor, atribuir (a alguém) a responsabilidade pelos atos e ações do Estado.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Editora Martins Fontes, São Paulo. 1ª edição, 1990. Tradução Luís Carlos Borges, p. 183.

¹¹⁷ Idem, pp. 184-185.

¹¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Editora Martins Fontes, São Paulo. 1ª edição, 1990. Tradução Luís Carlos Borges, pp. 188-190.

¹¹⁹ Idem, p. 193.

Portanto, imputar uma ação humana como ação do Estado é pressupor que toda ação humana nesse sentido é uma ação jurídica, pois corresponde à ordem jurídica pressuposta.

Ao considerar equivocada a doutrina que enxerga o Estado como organismo, pois como visto o Estado é a própria ordem jurídica, Kelsen explica que quem quer que seja que cumpra uma função determinada pela ordem jurídica é um órgão, um indivíduo que cumpre uma função específica, que pode ser de criação ou de aplicação do Direito. Numa visão bem restrita do termo, enxerga os órgãos do Estado como funcionários públicos¹²⁰.

O problema da teoria da imputação de Kelsen é que atribui radicalmente a responsabilidade dos atos do Estado diretamente às pessoas dos agentes públicos, porque ao Estado não podem ser atribuídos atos ilícitos. O filósofo germânico entende que atos ilícitos não podem ser cometidos pelo agente público, como órgão do Estado, porque se o Estado é a encarnação da ordem jurídica posta e pressuposta, este não pode ser contrário aquilo que lhe é existencial. Portanto, eventual delito praticado pela pessoa física funcionária pública não é um delito do Estado, salvo se em conexão com sua função de órgão de Estado.

A função é o conteúdo de uma obrigação quando o indivíduo estiver sujeito a uma sanção caso a função não seja executada. Essa sanção não é dirigida contra o indivíduo em sua capacidade de órgão do Estado. A violação do dever de um órgão do Estado, o delito constituído pelo fato de um órgão do Estado não ter executado sua função do modo prescrito pela ordem jurídica, não pode ser imputada ao Estado, já que um indivíduo é órgão (em particular, um funcionário público) do Estado apenas na medida em que sua conduta se conforme às normas jurídicas que determinam sua função. Na medida em que um indivíduo viola uma norma jurídica, ele não é um órgão de Estado. A imputação ao Estado não diz respeito a ações ou omissões que têm caráter de delitos. Um delito é violação da ordem jurídica nacional que não pode ser interpretado como um delito do Estado, não pode ser imputado ao Estado, já que a sanção – reação jurídica ao delito – é interpretado como ato de Estado. O Estado não pode – falando-se de modo figurado – “querer” ambos, o delito e a sanção. O parecer oposto é culpado, pelo menos, de uma inconsistência teleológica¹²¹.

Mais adiante conclui:

¹²⁰ Idem, pp. 193-194.

¹²¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Editora Martins Fontes, São Paulo. 1ª edição, 1990. Tradução Luís Carlos Borges, pp. 199-200.

A ideia de que o Estado executa sanções contra si mesmo não pode ser posta em prática. É comum caracterizar a obrigação do Estado de reparar o dano causado por indivíduos que, na condição de órgãos seus, são obrigados a cumprir suas obrigações, como sendo a responsabilidade do estado pelo dano feito por seus órgãos, ou por indivíduos em sua capacidade de órgãos do estado, ou por indivíduos em sua capacidade órgãos do Estado, ou por indivíduos no exercício de suas funções de funcionário público. Essas fórmulas, porém, não são corretas. Em primeiro lugar, porque a responsabilidade – como já foi assinalado – não é uma obrigação, mas uma condição pela qual um indivíduo é tornado sujeito a uma sanção. **Se a sanção não é dirigida ao Estado, o Estado não pode ser considerado responsável.** Em segundo lugar, o indivíduo que executa um ato antijurídico ao não cumprir uma obrigação do Estado (no sentido de Direito Nacional) não está atuando como órgão do Estado, nem está no exercício de sua função de funcionário público¹²². (Grifou-se)

Não obstante os entendimentos acerca de uma ou outra tese, o objetivo é trazer um sentido material de administração pública que possa ser compreendido pelo leitor, dentro do contexto do presente trabalho.

Nesse sentido, a doutrina de Diógenes Gasparini, com boa base em Celso Antônio Bandeira de Mello, agasalha um meio termo¹²³. Ou seja, os órgãos públicos podem ser considerados como centros de competência do Estado, criados pela ordem jurídica, que apesar de serem partes integrantes da estrutura do Estado, com ele não se confundem.

Propõem Gasparini e Bandeira de Mello que para se ter a exata noção de órgão público é necessário compreender que existem duas realidades distintas, a saber: do círculo de poder e do agente público. Portanto, a conjugação dessas duas realidades exprime o sentido de órgão público.

Sem dúvida alguma, o fenômeno da manifestação da vontade e da atuação do Estado através de um conjunto de indivíduos, investidos dos necessários poderes para exprimir-lhe as funções, supõe as próprias atribuições, os círculos abstratos de poderes, dos quais estes são veículos. Logo, as duas ideias se solicitam, a noção de agente requer a de círculo de poder, assim como a noção de círculo de poder reclama a de agente. Daí não se segue, contudo, que ambas se conjuguem na formação de uma unidade logicamente incidível¹²⁴.

¹²² Idem, p. 200.

¹²³ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. Editora Saraiva, São Paulo. 7ª ed., 2002, pp. 43-46.

¹²⁴ DE MELLO, Bandeira. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos: regime jurídico dos funcionários públicos**. 1ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 67.

Um bom conceito, portanto, de órgão público é trazido por Marcelo Caetano:

Órgão é o elemento da pessoa coletiva que consiste num centro institucionalizado de poderes funcionais a ser exercido pelo indivíduo ou pelo colégio de indivíduos que nele estiverem providos, com o objetivo de exprimir a vontade juridicamente imputável a essa pessoa coletiva¹²⁵.

Mas a relação entre a vontade do órgão ou do agente público, como se queira colocar, não prescinde da noção de imputação. Porém não exatamente dentro da teoria de Kelsen. Com efeito, o querer e o agir dos agentes públicos são imputados ou atribuídos diretamente ao Estado. São tidos como do próprio Estado, não de alguém diferente dele. O que o agente público quer ou faz, desde que no exercício de sua atividade funcional, entende-se ser o desejo ou a atuação do Estado naquele momento, ainda que o agente público haja querido ou agido mal. O que o agente público quis é o querer do Estado. Não há, pois, agente público ou Estado desempenhando as funções de representante e representado, mas uma só unidade¹²⁶.

E é dessa maneira que a Jurisdição Trabalhista compreende a questão, quando analisa as terceirizações realizadas pelo Estado¹²⁷. Ou seja, ainda que o ato tenha sido praticado por algum agente público, ou terceiro nessa condição, por imputação entende-se que é ato praticado pelo Estado, surgindo direitos e obrigações, em decorrência.

Porém, a Justiça se movimenta através de duas compreensões opostas sobre o mesmo assunto, quando se trata de imputar ao Estado a sanção por eventual ato ilícito, ainda que praticado por terceiros no desempenho de algum serviço público terceirizado.

Em muitos casos, na Jurisdição obreira, ainda persiste a noção de que se aplica a teoria do risco, doutrina pela qual entende que toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros, e dessa forma deve ser

¹²⁵ Idem, p. 69.

¹²⁶ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. Editora Saraiva, São Paulo. 7ª ed., 2002, p. 46.

¹²⁷ Não se olvide, nesse momento, que o Estado tanto pode desenvolver por si mesmo as atividades administrativas, como pode prestá-las por meio de outros sujeitos, seja em caráter de descentralização, permissão, autorização ou, concessão de serviços públicos, local transita a terceirização de recursos humanos na Administração Pública.

obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. Com esse entendimento, busca-se evitar o confronto constitucional da matéria, na tentativa de fugir do controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

A responsabilidade civil, nessa hipótese, deixa de basear-se na ideia de culpa e desloca-se para a noção de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. A responsabilidade civil baseada na teoria do risco criado está consubstanciada no art. 927, em seu parágrafo único do Código Civil pátrio.

Art. 927. [...]

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem¹²⁸.

Por esse entendimento, que ainda persiste em alguns julgados, a Administração Pública quando resolve assumir o risco de contratar mão-de-obra de forma terceirizada, assume, ou cria um risco para si, desejando com isso obter redução dos custos operacionais. Deste modo em um eventual inadimplemento ou acidente que estes funcionários terceirizados possam suportar, face a um descumprimento contratual por parte da empresa contratada pela Administração, o ente estatal deverá ser responsabilizado objetivamente.

EMENTA: “RESPONSABILIDADE. Toda a atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade de reparação, de restabelecimento do equilíbrio violado, fato gerador da responsabilidade civil. Embora considerada a ‘grande vedete do Direito Civil’, ela se estende a outros ramos da ciência jurídica, inclusive ao Direito do Trabalho. A função da responsabilidade é servir como sanção, a qual se funda na culpa (responsabilidade subjetiva) e no risco (responsabilidade objetiva), traduzindo esta última ‘uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização’. Outra tendência diz respeito à extensão da responsabilidade que se amplia no tocante ao número de pessoas responsáveis pelos danos, admitindo-se a responsabilidade direta por fato próprio e indireta por fatos de terceiros fundada na ideia de culpa presumida (*in eligendo e in vigilando*). A reformulação da teoria da

¹²⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese de terceirização. O tomador dos serviços responderá, na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviços; trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na idéia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e também no risco, já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador¹²⁹.

Por outro lado, há entendimento já cristalizado de que responsabilidade da Administração Pública, em casos de terceirização, não pode ser presumida. Dessa maneira, o Estado só responde pelos débitos trabalhistas se comprovada a omissão ou a negligência dos agentes públicos na fiscalização do contrato administrativo.

Dito de outra maneira, a transferência para a Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários, devidos ao empregado de empresa terceirizada não prescinde da avaliação da culpa, ante a validação do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei das Licitações (Lei 8.666/1983) pela Ação Direta de Constitucionalidade n. 16, junto ao Supremo Tribunal Federal.

EMENTA: I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO APÓS A LEI 13.015/2014. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Ante possível contrariedade à Súmula 331 do TST, dá-se provimento ao agravo de instrumento. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO APÓS A LEI N. 13.015/2014. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Em recente decisão, no RE 760.931, com repercussão geral, o STF firmou o entendimento de que o ônus da prova da culpa in vigilando, no caso de terceirização trabalhista levada a cabo pela Administração Pública, deve recair sobre o reclamante. Assim, tendo o Regional registrado expressamente que, no presente caso, “a reclamante não comprovou a ausência de fiscalização pelo ente público quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da primeira reclamada”, resulta inviável o processamento do apelo, pois a decisão regional está em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Recurso de revista não conhecido¹³⁰.

¹²⁹ Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 2ª Turma. **RO-16980/96** - Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros - DJMG 18.04.1997.

¹³⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - **RR 1000531-57.2015.5.02.0715**. Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann. Data de Julgamento: 06/03/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/03/2018.

Por fim compreenda-se que as atividades administrativas são exercidas por meio dos seus órgãos, objetivando assegurar a concentração e articulação do esforço técnico para a padronização, aumento da rentabilidade, uniformização, celeridade, economia, combate ao desperdício, contenção e progressiva redução dos custos operacionais. Eventualmente, caberá ao Estado o dever de indenizar por dano causado a terceiros, por ato de seus agentes nessa condição. Mas toda e qualquer reparação deve ser observada com a cautela possível, pois em jogo o interesse e o patrimônio público, como será adiante pontuado.

2.3 O patrimônio público como expressão viva do interesse republicano

Voltando-se um século no tempo, o Brasil Império foi um período da história brasileira que começou logo depois da Independência do Brasil, declarada em 1822, quando D. Pedro I fez o grito da independência, nas margens do Rio Ipiranga, na cidade de São Paulo. Teve duração do dia 7 de setembro de 1822 até o dia 14 de novembro de 1889, em que foi declarada a República do Brasil.

A noção de coisa pública do Brasil Império diferencia-se bastante do período republicano. Essencialmente, no período imperial não existiam coisas públicas, já que tudo pertencia ao Imperador, por mais que o povo pudesse aproveitar das suas posses, como praças, parques e museus.

Com a vigência do período republicano, tem-se uma noção jurídica diferente, pois percebe-se que as coisas que o povo utilizava passaram a ser públicas, ou seja, não pertencia mais a uma família ou a um governo, mas sim ao povo.

A transferência dos bens, que passaram da coroa para a esfera pública causa certa perplexidade, na medida em que as pessoas não conseguem distinguir sobre o que pertence ao Estado e o que pertence à esfera pública.

Uma praça municipal, com balanços, escorregadores, banheiros, quem administra e cuida é a Administração Pública, mas em nome do povo, para que todos possam utilizar. As noções individualistas e liberais tratam o bem público como algo privado do Estado e não como algo pertencente à população. Porém, esses dois elementos são idênticos em sua matriz formadora. Se é do Estado, é

da população. O que pode variar, conforme o ordenamento jurídico determinar, é o seu uso ou sua finalidade, que em algum momento pode ser próprio da administração pública ou diretamente para o uso do povo. Juridicamente há que se ter uma propriedade, mas apenas sob esse ângulo. Dito de outra maneira, o patrimônio público é composto por bens que podem juridicamente pertencer à União, aos Estados ou Municípios. Mas, ao final, os bens do Estado são de todos, porque cada indivíduo da sociedade colaborou de alguma forma para que aquele bem fosse adquirido e administrado pelo Estado.

A Lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 29.6.65) define patrimônio público, em seu artigo 1º, parágrafo primeiro, como o conjunto de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, pertencentes aos entes da administração pública direta e indireta. Segundo a definição da lei, o que caracteriza o patrimônio público é o fato de pertencer ele a um ente público – à União, ao Estado, ao Município, a uma autarquia ou a uma empresa pública, por exemplo.

Trata-se de uma acepção restritiva do termo, que considera que o patrimônio público é formado pelos bens públicos, definidos no Código Civil como sendo os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, diferenciando-os, portanto, dos bens particulares (artigo 98).

Esses bens públicos, de acordo com o Código Civil, são, entre outros, os rios, mares, estradas, ruas e praças (bens de uso comum do povo), edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias (bens de uso especial) e outros bens pertencentes a cada um dos entes públicos (bens dominicais).

O patrimônio público não precisa ser necessariamente um imóvel, ele também pode ser de qualquer tipo, imóvel, móvel e até um bem incorpóreo. Para o Direito Civil, existem apenas três categorias para os bens públicos: bens de uso comum, bens de uso especial e os bens dominicais.

Numa acepção mais ampla, porém, patrimônio público, é o conjunto de bens e direitos que pertence a todos e não a um determinado indivíduo ou entidade. De acordo com essa visão, o patrimônio público é um direito difuso, um direito transindividual, de natureza indivisível de que são titulares pessoas

indeterminadas e ligadas pelo fato de serem cidadãos, serem o povo, para o qual o Estado e a Administração existem. Nesse sentido, o patrimônio público não tem um titular individualizado ou individualizável – seja ele ente da administração ou ente privado – sendo, antes, de todos, de toda a sociedade.

A defesa do patrimônio público tem arrimo próprio na proteção do interesse público, máxime quando em confronto com interesses individuais ou particulares. É imprescindível, antes de mais nada, destacar que, quando se fala em Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, tem-se o interesse público em seu sentido amplo, abrangendo todo o patrimônio público e todos os direitos e interesses do povo em geral.

Ligado a esse princípio de supremacia do interesse público – também chamado da finalidade pública – está o da indisponibilidade do interesse público que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1995:31-33), “significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que também é um dever – na estrita conformidade do que dispuser a ‘*intentio legis*’. Mais além, diz que “as pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso, a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental”¹³¹.

O interesse público igualmente pode ser classificado em primário e secundário. No primeiro caso, tem-se interesses diretamente relacionados à sociedade (direito à saúde, educação, etc.) e os secundários, embora também se refiram ao Estado, possuem uma conotação singular, qual seja, referem-se ao Estado enquanto pessoa de direitos obrigações. Neste último caso, tem-se como exemplo clássico: pagamento de indenizações que o Estado faz ao particular.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 8ª edição, São Paulo. Editora Atlas, 1997, p. 63.

No entanto interessante refletir: inegavelmente, o Estado busca a realização de um interesse público primário (da coletividade, fruto do produto da consideração dos anseios e das aspirações determináveis de uma sociedade em um dado tempo e espaço). Assim estabelecido, na verificação da confluência com o interesse público primário, o interesse público secundário deve ser efetivado. E tal perspectiva secundária do interesse público é, normalmente, observada a partir do interesse da Administração não diretamente ligado ao produto dos anseios sociais, mas que neles, necessariamente, espelham-se. São subinteresses públicos que, ao final, para assim se caracterizar, possuem o mesmo destino do primário¹³².

A mudança estrutural de Governo, que transfere o patrimônio que pertencera a uma família para todas as pessoas, que permite a temporalidade dos mandatos eletivos, que adota o princípio democrático da maioria, traz à tona a noção de que a coisa pública não pertence a ninguém ao mesmo tempo que a todos pertence.

Essa é a lógica republicana; de que a coisa pública é de todos e por isso, cada um deve fazer a sua parte para conservar o patrimônio público. Ao passo que cabe ao administrador público cuidado único, de sorte que em seu mister (poder-dever) observe os princípios estatuído no caput do artigo 37 da atual Constituição, a fim bem gerir o patrimônio e os interesses públicos, devendo, via de consequência, velar por eles em favor da coletividade, que é, com efeito, a verdadeira titular.

Perceba-se que a competência atribuída ao órgão público responsável por gerir o patrimônio público é uma função social. Trata-se, como refere Ferraz Jr.¹³³, de uma competência conferida para a proteção de interesses comuns da comunidade. Esse objetivo social (interesse público) manifesta-se por restrições ao exercício da competência e seu conteúdo. Quanto ao exercício, os atos submetem-se à legalidade, estrita legalidade. Quanto ao conteúdo, a competência é soberana, isto é, confere o poder de obrigar os outros mesmo

¹³²FRANÇA, Phillip Gil. **Interesse público, um conhecido conceito "não indeterminado"**. Direito do Estado, 2016. Disponível: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/phillip-gil-franca/interesse-publico-um-conhecido-conceito-nao-indeterminado>. Acesso: 05 de Fevereiro de 2020, p. 2.

¹³³FERRAZ JR., Tecio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão dominação**. 4ª ed. Editora Atlas, 2003, p. 142.

sem seu consentimento. Por isso, a competência pública, no direito contemporâneo, configura um encargo, um *múnus público* e é exercida por um papel social institucionalizado: o órgão. O direito público congrega, assim, normas de competência orgânica e normas de conduta com elas conectadas, isto é, relativas a seu exercício.

A indisponibilidade do interesse público apresenta-se como a medida do princípio da supremacia do interesse público. Explica-se. Sendo a supremacia do interesse público a consagração de que os interesses coletivos devem prevalecer sobre o interesse do administrador ou da Administração Pública, o princípio da indisponibilidade do interesse público vem firmar a ideia de que o interesse público não se encontra à disposição do administrador ou de quem quer que seja, por ser o axioma mais importante de um Estado Republicano.

3. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUAS ESPECIFICIDADES EM UM CONTEXTO REPUBLICANO.

Até a Primeira Guerra Mundial as Constituições tiveram preocupação extrema com a ordem política e civil. Buscaram estruturar o Estado, enumerando-lhe os poderes e regendo suas atribuições e relações, ao mesmo tempo em que declaravam e garantiam os direitos civis e políticos aos cidadãos. Tinham elas em vista, principalmente, limitar o poder do Estado, então absoluto, por meio de um Direito Constitucional, solenemente declarado em um documento escrito básico.

Esse foi um período de grande destaque para o individualismo racionalista e liberal, nascido para o ocidente principalmente a partir da Revolução Francesa (1789). As codificações da época, inclusive, surgiram para dar significativa segurança jurídica aos negócios decorrentes de um novo modelo econômico muito mais dinâmico que estava surgindo com uma classe burguesa em ascensão.

Com o desenvolvimento das grandes indústrias, que começou na segunda metade do século XIX, houve o surgimento de uma nova classe desprezada pelo modelo capitalista da época: o proletariado. Com o final da primeira grande guerra nenhuma constituição pôde deixar de estabelecer

princípios e normas que regulassem a nova ordem, a economia social, declarando e garantindo aos trabalhadores alguns direitos. Inicia-se o período do estado de bem-estar social.

Porém, com o fracasso da experiência soviética, bem assim as crises que se sucederam a partir dos anos setenta, o mundo experimenta a derrocada das economias planificadas ao estilo Keynesiano¹³⁴, ou seja, desarticulação do estado de bem-estar social nas economias centrais, do bloco capitalista, e do seu rascunho nas economias periféricas. Dito de outra maneira, a sombra do novo capitalismo liberal e individualista começa a cobrir o horizonte da igualdade, com a desarticulação do estado do bem-estar social, onde ele existe, e a paralisação ou reversão do processo de sua criação nas economias dos países periféricos.

A explicação, nos quadrantes do marxismo, para essa tendência é muito convincente. O estado é considerado, em tais quadrantes, um dos instrumentos da luta de classe. A classe dominante pode utilizar, e quase sempre utiliza, a estrutura burocrática do estado para preservar seu poder de dominação econômica. O estado capitalista, nesse contexto, tem o tamanho variando em relação direta com o acirramento da luta de classes. O fim da guerra fria, com a vitória dos países capitalistas liderados pelos Estados Unidos, representou indiscutivelmente o afastamento de ameaças imediatas à ordem econômica existente nestes países. Ninguém mais tem medo de comunista — isso, se calhar de ainda encontrar um pela frente —, nos tempos que correm. Ora, o estado do bem-estar social nunca foi visto pelos marxistas como um resultado positivo da evolução capitalista, mas simplesmente como meio de conter as insatisfações do operariado quanto às condições de vida a que se encontram sujeitos. Um meio bastante caro, mas que valia a pena à burguesia utilizar para impedir que tais insatisfações pudessem se traduzir em revoluções socialistas. Afastado, pelo menos temporariamente, o perigo de subversão do capitalismo, não se justificam mais os gastos com a manutenção do *welfare state*. A tendência de reliberalização do estado se explica pelo desaparecimento da ameaça de socialização da economia. Até que ponto os trabalhadores poderão manter suas conquistas, no clima de eufórico triunfalismo do sistema capitalista neoliberal, somente a dinâmica da luta de classes irá revelar¹³⁵.

¹³⁴John Maynard Keynes, um dos economistas mais influentes do século XX, ainda esperava chegar ao inevitável dia em que a sociedade poderia se concentrar nos fins (felicidade e bem-estar, por exemplo) e não nos meios (crescimento econômico e busca individual do lucro, como até então). (Bauman, Zygmunt. **A riqueza de poucos beneficia todos nós?** Editora Zahar, Rio de Janeiro, 2015. Tradução Renato Aguiar, p. 43).

¹³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 16. ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2012, p. 19.

A partir da década de setenta, talvez um pouco antes, inicia-se um processo de releitura da necessidade de limitação do Estado. Reafirmando-se, a partir desse período histórico, o preceito liberal individualista da economia de mercado, o ângulo da gestão do patrimônio particular e, portanto, da produção de riquezas.

Em seu ensaio sobre o fim da história, Fukuyama afirmou que a derrota do fascismo após a Segunda Mundial e a derrocada do socialismo no limiar do novo milênio colocavam o liberalismo como a ideia para organização político-econômica das sociedades. Não se tratava de dizer que não haveria mais acontecimentos e grandes eventos na história da humanidade, ou de argumentar que todas as sociedades eram, imediatamente, liberais na política e na economia. Outrossim, tratou-se de defender que a grande disputa ideológica característica do século 20 entre liberalismo, fascismo e comunismo havia acabado, triunfando, portanto, uma ideologia que afirmava a democracia liberal “ocidental” como forma política economia de mercado como organização econômica¹³⁶.

Perceba-se que a liberdade dos mercados passa a ressignificar a mola propulsora do desenvolvimento econômico e social. E o Brasil não vai longe, pois experimenta, a partir de 1988, a chamada constitucionalização da ordem econômica, no sentido de que a ordem econômica não é senão uma forma econômica capitalista, que se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e iniciativa privada (artigo 170, atual Constituição). Dito de outra maneira, a nova visão econômica focaliza na sociedade empresária sua importância como fator de desenvolvimento econômico.

Na política, consuma-se a desconstrução do Estado tradicional, duramente questionado na sua capacidade de agente do progresso e da justiça social. As causas se acumularam impensadas, uma conspiração: a onda conservadora nos Estados Unidos (Reagan, Bush) e na Europa (Tatcher) na década de 80; o colapso da experiência socialista, um sonho desfeito em autoritarismo, burocracia e pobreza; e o fiasco de ditaduras sul-americanas, com seu modelo estatizante e violento, devastado pelo insucesso e pela crise social. Quando a noite baixou, o espaço privado invadira o espaço público, o público dissociara-se do estatal e a desestatização virara um dogma. O Estado passou a ser o guardião do lucro e da competitividade¹³⁷.

¹³⁶CARTA CAPITAL. **Uma nota sobre o “Fim da História”**. disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/brasil-debate/uma-nota-sobre-o-fim-da-historia-de-francis-fukuyama/>. Acesso em 12 de abril de 2021.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 4, n. 15, 2001, p. 13.

As transformações, a partir dessa realidade, levaram à modificação das normas já encartadas nos códigos, passando-se a promulgar-se leis específicas, que pelo seu porte e profundidade, chegam a ser consideradas microssistemas jurídicos autônomos¹³⁸. Essas leis passam a gravitar em torno da Constituição Federal e da codificação clássica, como será visto no decorrer do presente estudo.

Assim, no terço final do presente trabalho abordar-se-á, em tons dogmáticos, alguns aspectos referentes ao princípio da autonomia patrimonial e da liberdade econômica. Igualmente, e sem a pretensão de esgotar o assunto, estudar-se-á o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Finalmente, com uma perspectiva mais prática decorrente da inter-relação justrabalhista de terceirização de recursos humanos entre Estado, Trabalhador e Empresa, será demonstrada a necessidade republicana de se descortinar o véu que cobre a pessoa jurídica da empresa terceirizada, para fins de evitar lesão ao patrimônio e interesse públicos.

3.1 Aspectos da autonomia patrimonial e da liberdade econômica

Para que se possa falar de autonomia patrimonial é necessário antes compreender qual o significado que o Direito empresta à “empresa” ou “sociedade empresária”, ainda que essa se apresente como um fenômeno essencialmente econômico.

Sabe-se que as atividades econômicas de pequeno porte podem ser exploradas por uma pessoa (natural), sem maiores dificuldades. Na medida, porém, em que se avolumam e ganham complexidade acabam por exigir maiores investimentos ou diferentes capacitações. Como regra, o seu desenvolvimento pressupõe, então, a aglutinação de esforços de diversos agentes, interessados nos lucros que elas prometem propiciar; mas veja-se que hoje se admite a existência da sociedade unipessoal, por contas de responsabilidade limitada¹³⁹.

¹³⁸ BULGARELI, Waldirio. **Direito empresarial moderno**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1ª edição, 1992, p. 16.

¹³⁹ Com o advento da Lei n. 12.411, de 11 de julho de 2011, a classificação para o exercício individual da atividade econômica comporta uma subdivisão: (a) os simplesmente denominados empresários individuais cuja responsabilidade é ilimitada, alcançando todos seus bens pessoais; (b) as empresas individuais de responsabilidade limitada, de responsabilidade restrita ao valor do capital social integralizado.

De qualquer sorte, essa articulação pode assumir variadas formas jurídicas, dentre as quais a de uma sociedade¹⁴⁰.

Dito de outra maneira, se uma, duas ou mais pessoas pretendem desenvolver, em conjunto ou individualmente, uma atividade econômica, abrem-se lhes algumas alternativas, no plano do direito, para a composição dos seus interesses.

As alternativas se diferenciam, por exemplo, no tocante ao regime tributário aplicável, que aumenta ou reduz o custo da atividade, refletindo, por evidente, nos resultados; diferenciam-se, também, no aspecto relativo à gestão, ou seja, a quem cabe tomar as decisões e negociar com terceiros; e, alternativas quanto à participação nos resultados positivos ou negativos do esforço comum¹⁴¹.

Nas transformações havidas, no decurso dos séculos, nas atividades comerciais, requerendo um Direito próprio e sempre renovado para regulá-las, verificou-se sensível modificação na caracterização do agente propulsor dessas atividades, ou seja, o comerciante.

Inicialmente, um só indivíduo podia realizar os atos necessários para a circulação das mercadorias, servindo de intermediário entre o produtor e o consumidor. Desenvolvendo-se o tráfico de mercadorias, tornou-se indispensável à existência de mais de uma pessoa para a realização das atividades intermediárias, nascendo daí as sociedades empresárias em que, segundo a concepção primitiva dos Códigos, várias pessoas “negociavam em comum” (Código Comercial, art. 315); só mais tarde foi reconhecida a personalidade jurídica das sociedades, mas, ainda hoje, em alguns países (Alemanha, Inglaterra), certos tipos de sociedades (em nome coletivo, em comandita) não possuem personalidade jurídica, sendo os seus sócios considerados comerciantes que se agregam apenas para reunir maiores capitais, repartir encargos e usufruir lucros, mas cada um se caracterizando como um comerciante, ou seja, respondendo com o seu patrimônio pelas obrigações assumidas.

Por outro lado, dado o crescimento dos negócios, os comerciantes individuais e as sociedades empresárias passaram a necessitar de uma organização em que se unissem capital e trabalho, para atender às demandas do comércio. Nasceu, aí, a empresa comercial, organismo formado por uma ou várias pessoas com a finalidade de exercitar atos de manufatura ou circulação de bens ou prestação de serviços. A empresa já era conhecida no campo econômico, consistindo na organização de capital e trabalho com a finalidade da produção ou circulação de bens ou prestação de serviços¹⁴².

¹⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 16. ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2012, p. 19.

¹⁴¹ Idem, p. 19.

¹⁴² MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. Atual. Carlos Henrique Abrão. 40ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2017, p. 38.

O velho Código Comercial foi criado pela Lei Imperial nº 556, de 25 de junho de 1850. Ele foi profundamente influenciado pelo ordenamento comercial francês porque adotou a chamada teoria dos atos de comércio para fins da noção de comerciante. Como o referido código prescindia de uma melhor discriminação do que seriam atos de comércio, foi editado o Regulamento 737 de 1850, que em seu artigo 19 conceituava como atos de comércio a compra e venda ou troca de bem móvel ou semovente, para sua revenda, por atacado ou a varejo, industrializado ou não, ou para alugar seu uso. Igualmente, operações de câmbio, banco ou corretagem, as empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos, seguros, fretamento, riscos. Finalmente, quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo e a armação e expedição de navios. Além dessas hipóteses, a Lei n. 6.404 de 1976, em seu artigo 2º, §1º, estabeleceu que as Sociedades por Ações estarão sempre submetidas ao regime jurídico de Direito Comercial. De igual forma, a Lei n. 4.068 de 1962 estabeleceu que as empresas de construção também se submetem ao regime jurídico de Direito Comercial¹⁴³.

Em síntese, para fins de elencar quais atividades seriam consideradas como atos comerciais, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916 e do Código Comercial de 1850, encontravam-se as atividades elencadas no artigo 19 do vetusto Regulamento 737, bem assim, *ex vi legis*, as empresas de construção e as Sociedades por Ações.

Contudo, com o progresso e desenvolvimento das empresas, o sistema de produção em massa, novas formas de organização, gestão e técnicas industriais, desenvolvimento tecnológico, dentre outros motivos, logo pôde-se observar que a referida legislação, até então de inspiração napoleônica, não mais correspondia a essa modificação fenomenológica mundial.

No dia 10 janeiro de 2002, foi promulgado o novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) que trouxe em seu conteúdo matéria comercial, realizando a unificação legislativa do Direito Privado tradicional. O novo Código entrou em vigor em janeiro de 2003, revogando expressamente o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916) e a Parte Primeira

¹⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 16. ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2012, pp. 6-8.

do Código Comercial (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850). Atualmente, a Lei que regulamenta a Falência é a Lei 11.101/05 e o antigo Código Comercial Brasileiro de 1850 só está em vigor no que se refere ao Direito Comercial Marítimo.

Até a promulgação do Código Civil de 2002, a legislação brasileira em matéria mercantil regia-se pela Teoria dos Atos de Comércio, construção de origem francesa (Código Comercial de Napoleão, de 1807), adotada pelo legislador pátrio que elaborou o Código Comercial de 1850. O sistema francês centrava-se no conceito objetivo de comerciante – aquele que pratica atos de comércio com habitualidade e profissionalidade. A distinção entre atos de comércio e atos puramente civis mostrava-se de suma importância, sobretudo para permitir, ou não, a proteção da legislação comercial e, ainda, para fixar a competência judicial da matéria discutida pelos litigantes em juízo¹⁴⁴.

Porém, considerando o desajuste acerca dessa percepção, porque defasada em relação à nova realidade social e econômica que se experimentava a partir da Revolução Industrial e tecnológica, adotou-se a chamada Teoria da Empresa, abraçada pelo Código Civil de 2002. Essa teoria foi desenvolvida por Alberto Asquini e foi utilizada pelo sistema jurídico italiano (1942) para caracterização dos atos empresariais.

De longe se percebe, portanto, que uma teoria científica que não tem bem definido o seu instituto jurídico fundamental não tem como prosperar. E foi exatamente o ocorrido com a Teoria dos Atos de Comércio. Precisava-se, portanto, encontrar um novo alicerce ao Direito Comercial; esse novo alicerce foi a empresa. Se bem que, se entre os atos de comércio costumavam figurar as empresas de fábrica e manufatura, nunca se teve uma boa sistematização sobre o que se deveria ter por empresa ou sobre quais seriam os seus fundamentos. Apenas com o advento do Código Civil Italiano, de 1942, ocorreu a referida sistematização, sendo por assim dizer o primeiro instrumento legislativo a positivizar a Teoria da Empresa como basilar do Direito Comercial. E grande foi o prestígio da referida tese que, de modo geral, foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro, em 2002, com o advento do Novo Código Civil, cabendo notar, contudo, que o direito comercial brasileiro, paulatinamente, já ia se transformando de um direito dos atos de comércio para o direito da empresa. Forte é a tese de que o Código Civil de 2002 teve o condão de ser o ponto final da mudança de perspectiva pela qual vinha passando o direito comercial brasileiro¹⁴⁵.

¹⁴⁴ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. 10. ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2020, pp. 32-33.

¹⁴⁵ MARTINS FILHO, Giovanni Magalhães. **O provável confronto entre Alberto Asquini e Ronald Coase: uma análise dos perfis de empresa a partir da teoria da firma**. XIX Encontro

Para o referido jurista peninsular, a empresa é um fenômeno econômico multifacetário ou poliédrico. Portanto, consoante o ângulo que se possa observar, a “empresa” assume feições distintas para o Direito.

O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado. Esta é a razão da falta de definição legislativa; é esta, ao menos em parte, a razão da falta de encontro das diversas opiniões até agora manifestadas na doutrina. Um é o conceito de empresa, como fenômeno econômico; diversas as noções jurídicas relativas aos diversos aspectos do fenômeno econômico. Quando se fala genericamente de direito da empresa, de direito da empresa comercial (direito comercial), de direito da empresa agrícola (direito agrário), se considera a empresa na sua realidade econômica unitária (matéria de direito). Mas quando se fala da empresa em relação à sua disciplina jurídica, ocorre operar com noções jurídicas diversas, de acordo com os diversos aspectos jurídicos do fenômeno econômico. O intérprete pode corrigir algumas incertezas da linguagem do código, porém sob a estrita condição de não confundir os conceitos que é necessário ter distintos e especialmente aqueles que o código manteve distintos. Para se chegar ao conceito econômico de empresa deve ser o ponto de partida; mas não pode ser um ponto de chegada¹⁴⁶.

Em uma brevíssima síntese, o conceito poliédrico desenvolvido por Alberto Asquini concebe quatro perfis à empresa, visualizando-a, como objeto de estudos, por quatro aspectos distintos, a saber: a) perfil ou aspecto subjetivo; b) perfil ou aspecto objetivo; c) perfil ou aspecto funcional; e d) perfil ou aspecto corporativo ou institucional. O primeiro aspecto – subjetivo – compreende o estudo da pessoa que exerce a empresa, isto é, a pessoa natural ou a pessoa jurídica (sociedades empresárias) que exerce atividade empresarial. O segundo aspecto – objetivo – concentra-se nas coisas utilizadas pelo empresário individual ou sociedade empresária no exercício de sua atividade. São os bens corpóreos e incorpóreos que instrumentalizam a vida negocial. É essencialmente o estudo da Teoria do Estabelecimento Empresarial. O terceiro aspecto – funcional – refere-se à dinâmica empresarial, ou seja, a atividade própria do

Nacional do CONPEDI. Junho de 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3353.pdf>. Acesso em: 12 de março de 2021, p. 379.

¹⁴⁶ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 35, n. 104, pp. 109-110.

empresário ou da sociedade empresária, em seu cotidiano negocial. O termo empresa é concebido nesta acepção: exercício de atividade. Atividade nada mais é do que o complexo de atos que compõem a vida empresarial. O quarto aspecto – corporativo ou institucional – volta-se ao estudo dos colaboradores da empresa, empregados que, com o empresário, envidam esforços à consecução dos objetivos empresariais¹⁴⁷.

Conquanto haja alguma celeuma acerca do quarto aspecto da teoria de Asquini, no sentido de que este deve ser absorvido pelas normas trabalhistas, pois a noção do fenômeno empresarial enquanto corporação derivaria da ideologia fascista da época, modernamente não há sentido em excluí-lo do horizonte empresarial.

Segundo Asquini, a empresa é considerada do ponto de vista individualista do empresário, segundo o perfil corporativo, a empresa vem considerada como aquela especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e pelos empregados, seus colaboradores. O empresário e os seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção¹⁴⁸.

Perceba-se que é pelo perfil corporativo que se vai definir a organização, vale dizer, a forma como o empresário irá estruturar o desenvolvimento da sua atividade, cabendo ressaltar que a atividade empresarial, além de econômica, deve ser organizada, como se vê no art. 966 do Código Civil Brasileiro, cuja redação é, por tudo, semelhante ao que se tem no art. 2.082 do Código Civil Italiano¹⁴⁹. Para ilustrar, *in verbis*: “Art. 2082. *E' imprenditore chi esercita professionalmente una attivita' economica organizzata al fine della produzione*

¹⁴⁷ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. 10. ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2020, pp. 34-35.

¹⁴⁸ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 122.

¹⁴⁹ MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. **O provável confronto entre Alberto Asquini e Ronald Coase: uma análise dos perfis de empresa a partir da teoria da firma**. XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Junho de 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3353.pdf>. Acesso em: 12 de março de 2021, p. 382.

*o dello scambio di beni o di servizi*¹⁵⁰.

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.¹⁵¹

Assim como seu similar italiano, o novo Código Civil, em seu artigo 966, trouxe novo conceito de atividade empresarial. Ou seja, o empresário é considerado como a pessoa que desempenha, em caráter profissional, qualquer atividade econômica produtiva no campo do direito privado, substituindo e tomando o lugar da antiga figura do comerciante. A ressalva à caracterização do empresário constante do § único do art. 966 do novo Código Civil exclui desse conceito aqueles que exerçam profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística.

A sociedade empresária é aquela que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, constituindo elemento de empresa. A figura da organização produtiva em que aparece o empresário (individual) ou a sociedade empresária tem proteção normativa constitucional, como o princípio constitucional da ordem econômica, a teor do que consta dos artigos 170 a 192 da Carta Magna de 1988 e o princípio da livre iniciativa. Importa afirmar que mesmo considerando que a liberdade de iniciativa é que impulsiona a atividade econômica e determina as relações de mercado, deve ser observado que a autonomia da empresa deve atender ao princípio da ordem econômica, que deve estar em harmonia com as diretrizes estabelecidas nos artigos 1º e 3º, da Constituição Federal, designadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social¹⁵².

Portanto, é empresarial a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Será empresário aquele que

¹⁵⁰ REGIO DECRETO 16 marzo 1942-XX, n. 262. Approvazione del testo del Codice civile. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1942-04-04&atto.codiceRedazionale=042U0262&elenco30giorni=false. Acesso em: 15 de março de 2021.

¹⁵¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹⁵² LUCENA, Armando de Sousa. **Aspectos da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Justiça do Trabalho - um estudo de sua realização no plano da eficácia jurídica.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-da-desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-juridica-no-%C3%A2mbito-da-justi%C3%A7a-do-trabalho-um-e>> Acesso em Maio de 2016, p. 1.

exercer profissionalmente esta atividade. Conquanto devam existir outras atividades econômicas com as mesmas características, preferiu o legislador limitar o conceito de empresa, excluindo as profissões intelectuais, de natureza científica, literária ou artística. Será, portanto, empresarial toda e qualquer atividade econômica, organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, excluídas as decorrentes de profissão de cunho intelectual, de natureza científica, literária ou artística. Percebe-se, assim, que as atividades excluídas do conceito são aquelas exercidas pessoalmente pelo profissional intelectual, pelo cientista, pelo escritor ou artista. Porém, ao se constituírem elementos de empresa explorada por terceiro que administra e coordena essas atividades, serão necessariamente empresariais¹⁵³.

Em síntese, serão empresariais as atividades profissionais e contínuas que promovam a criação ou circulação de riquezas, de bens ou serviços patrimonialmente valoráveis, com objetivo de lucro e, por essa razão, assumindo os riscos inerentes da atividade; excetuadas aquelas atividades elencadas no artigo 966 do novo Código Civil.

Note-se que para a execução do seu mister econômico, as sociedades empresárias, e as empresas individuais de responsabilidade limitada, necessitam existir independentemente das pessoas naturais que a compõe. A esse fenômeno chama-se personalidade jurídica. Portanto, toda a empresa ou toda a sociedade empresária necessita ser uma pessoa jurídica própria e distinta de seu (s) associado (s).

Sendo o ser humano eminentemente social, para que possa atingir seus fins e objetivos une-se a outros homens formando agrupamentos; não olvidando, como referido alhures, da existência das sociedades unipessoais com responsabilidade limitada ou não. Ante a necessidade de personalizar tais grupos, para que participem da vida jurídica com certa individualidade e em nome próprio, a norma de direito lhes confere personalidade e capacidades jurídicas, tornando-os sujeitos de direitos e obrigações¹⁵⁴.

Surge, assim, a chamada *pessoa jurídica*, que pode ser tanto uma

¹⁵³ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. 10. ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2020, pp. 33-34.

¹⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do direito**. 3ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 199, p. 467.

unidade como um conjunto de pessoas naturais (ou patrimônios), que busca fins específicos e que, além de patrimônio próprio, tem no ordenamento jurídico seu reconhecimento como sujeito de direitos e obrigações. Portanto, a pessoa jurídica nada mais é do que uma criação do Direito – concepção normativista.

Assim, conceitua-se a pessoa jurídica como um ente ideal, reconhecido pelo ordenamento jurídico como sujeito de direito dotado de estrutura, patrimônio e personalidade independentes de seu (s) membro (s), com finalidades previstas em lei e nos instrumentos de constituição devidamente registrados.

As sociedades empresárias e as empresas individuais de responsabilidade limitada são construções legislativas, frutos da criação inventiva do homem e recebem capacidade de direitos e obrigações a partir de seu registro no órgão competente. Possuem personalidade não natural, também chamada ficta, legal ou jurídica.

Perceba-se, para que haja autonomia patrimonial da empresa é necessária a existência da pessoa jurídica, com personalidade jurídica própria e distinta das pessoas físicas que a compõe (sócios) e, igualmente, que haja um contrato social que a crie e seu registro em Junta Comercial (artigo 45 do novo Código Civil).

Assim, cumprindo a sociedade empresária com os formalismos exigidos pela lei privada, terá plena proteção normativa constitucional, oportunizando o pleno exercício da atividade econômica – com existência e validade -, já que sendo a sociedade uma pessoa jurídica dotada de personalidade própria, o ordenamento jurídico lhe confere capacidade e competência para possuir patrimônio próprio, dissociado do patrimônio dos sócios que a instituiu.

Nesse sentido reza o Código Civil Brasileiro:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.¹⁵⁵

Art. 1.024 Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.¹⁵⁶

¹⁵⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹⁵⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

A partir da edição da Lei n. 13.874/19, que alterou o Código Civil de 2002, reforçou-se a autonomia patrimonial da empresa sob o argumento de que liberdade econômica, em termos não-científicos, é a extensão da conquista humana do Estado de Direito e dos direitos humanos clássicos e todas as suas implicações, em oposição ao absolutismo, aplicada às relações econômicas.

Como é consabido, as pessoas jurídicas gozam de existência e personalidade diversas às de seus membros (arts. 45 e 1.024 do Código Civil de 2002), de sorte que, pelo princípio da entidade, também denominado princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, seus respectivos patrimônios, entendidos como complexo de direitos e obrigações, podem ser, a depender do tipo de entidade criada, reciprocamente autônomos. Disso decorre também a possibilidade de que a instituição seja, de forma independente, titular de relações jurídicas. No entanto, essa separação, fundamental para a promoção da atividade empresária nos moldes atuais, na medida em que incentiva o empreendedorismo ao limitar a responsabilidade dos sócios pelas dívidas contraídas no exercício do comércio, pode ser utilizada para fins diversos, claramente voltados a fraudar a satisfação de créditos titulados contra a pessoa jurídica, cujo patrimônio, não raras vezes, é dilapidado por seus proprietários e administradores, a fim de dificultar ou mesmo inviabilizar a respectiva execução, dentre tantas outras espécies de ardil. Foi nesse cenário que a desconsideração da personificação do ente mostrou-se ferramenta de grande valor¹⁵⁷.

Nesse sentido, o art. 49-A, encartado no atual Código Civil pela Lei n. 13.874/19, reforça o compromisso liberal com a autonomia jurídico-existencial da pessoa jurídica com relação às pessoas físicas que a integram, a exemplo do artigo 20 do vetusto Código Civil de 1916.

O artigo vai mais além, aliás, ao estabelecer, em seu parágrafo único, o próprio elemento teleológico da autonomia patrimonial, qual seja, o de “estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos”.

Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido

¹⁵⁷ PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; ZAMBONINI, Leonardo Evangelista de Souza. **A reforma trabalhista e a desconsideração da personalidade jurídica**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, edição especial, nov. 2017, pp. 82-83.

pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.¹⁵⁸

Muito embora o Princípio da Autonomia Patrimonial tenha a sua importância no meio econômico (e jurídico), o mesmo não é absoluto podendo ser manipulado para realização de fraudes. Como sujeito de direito distinto, a pessoa jurídica pode servir de instrumento para fraudar o cumprimento da lei ou de obrigações. Nesse caso, admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, a fim de que os bens dos sócios possam responder pelos débitos da empresa.

Essa questão será melhor abordada no próximo item, no qual o Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica será estudado dentro de um contexto republicano.

3.2 A desconsideração da personalidade jurídica em um contexto republicano

A pessoa natural surge no momento do nascimento com vida. Da mesma forma, a pessoa jurídica possui um ciclo de existência. A sua existência legal, no sistema das disposições normativas, exige a observância da legislação em vigor, que considera indispensável o registro para a aquisição de sua personalidade jurídica.

Perceba-se que o registro da pessoa jurídica tem natureza constitutiva, por ser atributivo de sua personalidade, diferentemente do registro civil de nascimento da pessoa natural, eminentemente declaratório da condição de pessoa, já adquirida no instante do nascimento com vida. Assim, o marco inicial das pessoas jurídicas de direito privado não é um fato natural, como ocorre com as pessoas físicas, nem com o mero somatório fático de vontades e esforços econômicos praticados pelas pessoas físicas reunidas, pois a existência jurídica da “empresa” fica condicionada à inscrição do seu ato constitutivo (contrato social) no órgão registral competente (Junta Comercial).

Da definição da sociedade empresária como pessoa jurídica derivam consequências precisas, relacionadas com a atribuição de direitos e obrigações

¹⁵⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

ao sujeito de direito nela encerrado. Em outros termos, na medida em que a lei estabelece a separação entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem, consagrando o princípio da autonomia patrimonial, os sócios não podem ser considerados os titulares dos direitos ou os devedores das prestações relacionados ao exercício da atividade econômica, explorada em conjunto. Será a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de tais direitos e a devedora dessas obrigações. Três exemplos ilustram as consequências da personalização da sociedade empresária: a titularidade obrigacional, a titularidade processual e a responsabilidade patrimonial¹⁵⁹.

Para o estudo proposto a responsabilidade patrimonial é o aspecto mais importante em relação a personalização jurídica das entidades comerciais.

Com efeito, os bens da empresa são, *ex vi legis*, incomunicáveis com os bens dos sócios, e, mais, os sócios não exercem qualquer tipo de direito, seja de propriedade ou seja obrigacional em relação a eles. É a pessoa jurídica a proprietária dos bens integralizados, e a participação acionária ou societária é a única vinculação que têm os sócios em relação à pessoa jurídica empresária, que, porém, não se confunde com o conjunto de bens titularizados pela sociedade, nem com uma sua parcela ideal.

O princípio da autonomia patrimonial é a pedra de toque do direito empresarial, pois incentiva o empreendedorismo, ou seja, a aplicação do dinheiro em atividades econômicas, essenciais em nosso sistema capitalista. A autonomia patrimonial permite que seja possível algum planejamento que limite eventuais perdas nos investimentos realizados, já que toda atividade empresarial é atividade que envolve riscos financeiros e econômicos. Em outras palavras empreender significa arriscar, muitas vezes, todos os bens que a pessoa possa ter amealhado durante toda sua vida, ou até em gerações anteriores. Além disso, sem a atividade empresarial o Estado não arrecadaria e as pessoas não teriam emprego. Isso é algo inviável para ser cogitado nos dias atuais. Dessa sorte, o Direito atua nos assuntos econômicos, e empresta sua força normativa, com a finalidade de trazer alguma segurança para o empreendedorismo no País. Em palavras coloquiais, o princípio da autonomia patrimonial é importantíssimo para que o direito discipline de forma adequada a exploração da atividade econômica.

¹⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 16. ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2012, p. 31.

Destarte, pelo princípio da autonomia patrimonial a regra é que somente respondem pelas obrigações da sociedade os bens sociais. Sócio e sociedade não são a mesma pessoa e, como não cabe, em regra, responsabilizar alguém (o sócio) por dívida de outrem (a pessoa jurídica da sociedade), a responsabilidade patrimonial pelas obrigações da sociedade empresária não é dos seus sócios. Em outros termos, a garantia do credor é representada pelo patrimônio do devedor; se devedora é a sociedade empresária, então será o patrimônio social (e não o dos sócios) que garantirá a satisfação dos direitos creditícios existentes contra ela. Somente em hipóteses que excepcionam a regra da autonomia da pessoa jurídica poder-se-á executar o patrimônio do sócio, em busca do atendimento de dívida da sociedade¹⁶⁰.

Visto a importância que o Ordenamento Jurídico empresta ao princípio da autonomia patrimonial, que surge com o regular nascimento da pessoa jurídica, e que, como regra, torna o patrimônio do empresário imune a dívidas contraídas pela sociedade empresária, é necessário estudar, igualmente, algumas situações em que, ao contrário, é permitido pelo Direito, excepcionalmente, levantar o véu da autonomia patrimonial que encapsula a pessoa jurídica empresária.

Perceba-se que todo relacionamento social pressupõe atitudes morais e éticas das pessoas, em especial no aspecto da boa-fé e confiança mútua. No campo do pensamento humano a boa-fé pode estar presente no pensamento, na psique do ser, e o agir corretamente com o outro é o agir honesto do homem consigo mesmo. Ou seja, a retidão, a bondade, a verdade e a intenção de praticar o bem, quando inerentes ao “eu” intrínseco, exteriorizam-se nas relações sociais. Portanto, não apenas no agir estaria presente a boa-fé, mas também na expectativa do agir do outro. Esse é o campo da boa-fé subjetiva.

A respeito, vale ilustrar o presente estudo com uma lenda bem conhecida pelos escoteiros¹⁶¹:

¹⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 16. ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2012, p. 32.

¹⁶¹ O escotismo foi fundado em 1907 por Robert Stephenson Smyth Baden-Powell. É um movimento juvenil mundial, educacional, voluntariado, apartidário e sem fins lucrativos. A sua proposta é o desenvolvimento do jovem, por meio de um sistema de valores que prioriza a honra, baseado na Promessa (ou Compromisso) e na Lei escoteira (ou Lei do Escoteiro), e através da prática do trabalho em equipe e da vida ao ar livre, fazendo com que o jovem assuma seu próprio crescimento, tornando-se um exemplo de fraternidade, lealdade, companheirismo, altruísmo, responsabilidade, respeito e disciplina (WIKIPEDIA).

Durante uma visita a uma tribo de guerreiros, Baden-Powell se surpreendeu com um fato: ao cumprimentar o chefe da tribo, ele estendeu sua mão direita. Ao contrário de Baden-Powell, o chefe da tribo estendeu sua mão esquerda. Mais tarde, o chefe lhe deu a seguinte explicação: Aqui na aldeia, os grandes se cumprimentam com a mão esquerda, largando para isso o seu escudo, ou seja, a sua única defesa. Com isso ele prova ao adversário que deposita nele grande confiança e lealdade, mesmo que este seja seu inimigo. Encantado com a explicação, Baden-Powell decidiu adaptar o cumprimento com a mão esquerda, provando também, que os escoteiros são todos dignos de confiança. No Brasil, nós nos cumprimentamos entrelaçando o dedo mindinho. Assim uma mão não consegue largar a outra. Somos escoteiros sempre unidos¹⁶².

Tal ponto de vista não escapou da normatização jurídica, que valoriza a boa-fé subjetiva e a confiança em suas relações. Afinal o Direito foi criado em atenção ao indivíduo, tendo por objetivo ordenar sua convivência com outros indivíduos, garantindo, precipuamente, que nenhuma pessoa exercitará seus direitos egoisticamente, mas sim, tendo em vista a função social que objetivam.

A novidade chamou a atenção e, com isso, pouco se estudou a boa-fé subjetiva, embora a sua importância, sempre reconhecida. “No comércio jurídico, como na vida social, há um elemento subjetivo que informa, estrutura e vivifica todas as relações – é a boa-fé. Por onde ela passa, suprem-se as nulidades, sanam-se os vícios e as incapacidades se integram”. Ao tratar do terceiro de boa-fé que adquire o bem do *accipiens*, na forma do art. 968 do CC/1916, Silvio Rodrigues indicou a razão de interesse social na proteção do terceiro: ao socorrer o terceiro, o legislador não protege apenas o interesse deste, mas também o da sociedade, pois a solução da lei atua no sentido de reforçar a confiança nas relações negociais, que se querem firmes e estáveis. Na perspectiva daquele que comprou, rodeado de todas as precauções legais, experimentar um prejuízo, representa um instrumento perturbador da ordem, que compete ao ordenamento jurídico conjurar¹⁶³.

Essas noções, que acabam condensadas no chamado princípio da boa-fé objetiva, dominam o direito moderno, sendo incorporados como regras positivas na codificação civil, a exemplo do disposto no artigo 113 do novo Código Civil, *verbis*: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

¹⁶² BLOG. TROPA SÊNIOR. Disponível em: <https://senior88gebd.blogspot.com/2012/10/por-que-os-escoteiros-cumprimentam-com.html>. Acesso em 15 de março de 2021.

¹⁶³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Proteção da boa-fé subjetiva**. Revista da AJURIS – v. 39 – n. 126 – Junho 2012, pp. 189-190.

A boa-fé objetiva estabelece um dever de agir de acordo com padrões socialmente recomendados. Trata-se de uma cláusula geral, expressão do princípio de lealdade, que o Juiz utilizará para verificar, nas circunstâncias de cada caso, qual a conduta que satisfaria essa exigência de lealdade (quanto a cuidado, informação, proteção, cumprimento da prestação, etc.). Assim criada pelo Juiz a regra de conduta, será feita a verificação entre a conduta devida, segundo a boa-fé, e a conduta efetiva, concluindo-se pela ilicitude da que dela destoa¹⁶⁴.

O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.¹⁶⁵

O princípio da boa-fé pode ser entendido como um dos referentes dos valores sociais, e a partir daí como princípio geral, devendo ser ponderado no momento da fixação da norma para o caso concreto. Indo por esse caminho a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB, Lei n. 12.376 de dezembro de 2010), estabelece o artigo 4º que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Portanto, quando o Estado concede e reconhece às sociedades comerciais a personificação segundo as regras normativas, pode ao mesmo tempo determinar os limites dessa concessão, levando em consideração a necessidade de que a boa-fé e a lealdade sempre conduzam as relações normatizadas pelo Direito.

Assim, o artigo 50 do atual Código Civil propõe a desconsideração da personalidade jurídica como conjunto de normas reguladoras de certas condutas pautadas pela boa-fé (ser), que atende aos interesses de ordem pública, cujas consequências ocorrem para as partes no mundo fático (*do dever ser*).

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a

¹⁶⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Proteção da boa-fé subjetiva**. Revista da AJURIS – v. 39 – n. 126 – Junho 2012, p. 191.

¹⁶⁵ LARENZ, Karl. *apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Proteção da boa-fé subjetiva**. Revista da AJURIS – v. 39 – n. 126 – Junho 2012, p. 199.

requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)¹⁶⁶

Dito de outra forma, a “casca” jurídica que compõem e protege as corporações pode, em casos especiais, mas somente nestes, “quebrar-se” permitindo-se que a pessoa física dos seus componentes responda com seu patrimônio pessoal pelas dívidas contraídas pela corporação. São situações especialíssimas, e que dependerão da análise percuciente do Poder Judiciário no caso concreto.

De origem relativamente recente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou teoria da penetração (disregard of the legal entity), hoje plenamente internalizada em nosso ordenamento, tem em Rolf Serick o sistematizador de sua concepção clássica, extraída a partir do tratamento dado ao tema pelas jurisprudências inglesa e norte-americana, nas quais vinham se assentando precedentes no sentido da possibilidade de afastarem-se os efeitos da personalidade jurídica manejada em abuso contra credores¹⁶⁷.

¹⁶⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹⁶⁷ REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (DISREGARD DOCTRINE)**. Revista dos Tribunais, Vol. 410, de 12 dezembro de 1969, p. 2.

Enquanto ferramenta jurídica, a teoria da desconconsideração tem como objetivo último permitir que se transpasse a personalidade social, a fim de que a responsabilidade pelo adimplemento de uma obrigação titulada inicialmente pela sociedade recaia sobre o patrimônio de seus administradores e sócios, de forma a garantir, ou, ao menos, aumentar as probabilidades de que o crédito seja satisfeito. No início, essa possibilidade limitava-se a casos de fraude e manifesta má-fé. Atualmente, contudo, os pressupostos para sua aplicação são bem menos exigentes, a depender do caso¹⁶⁸.

Com igual intento o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor assim normatiza o fenômeno:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.¹⁶⁹

Especificamente, nos termos deste estudo, esclarece-se que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica está absolutamente conexo com a contratação terceirizada de serviços realizada pela Administração Pública.

Perceba-se que o liame republicano existente entre o Estado e o trabalhador se inicia no primeiro instante em que começa a escolha da “empresa” que realizará determinado serviço público. E esse procedimento administrativo ocorre através da Lei de Licitações n. 8.666/93, observando-se o primado da livre concorrência, firmado no artigo 170, IV da atual Constituição.

Salienta-se que não se está aqui tratando, de *lege ferenda*, do Projeto de Lei n. 4.253/2020, que será a nova lei de licitações, o qual foi aprovado pelo

¹⁶⁸ PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; ZAMBONINI, Leonardo Evangelista de Souza. **A reforma trabalhista e a desconsideração da personalidade jurídica.** Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, edição especial, nov. 2017, p. 82.

¹⁶⁹ BRASIL. Lei n. 8.078, DE 11 de setembro de 1990.

Senado, e que, no decorrer dessas linhas, ainda não foi sancionado pelo Presidente da República. Em decorrência, não será objeto deste estudo.

Assim esclarecido, em termos conceituais a licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos¹⁷⁰.

Veja-se a importância de compreender que a noção de República está imbricada à significação de coisa pública, ou coisa do povo, das pessoas em comum. Portanto, não cai longe do pensamento a noção de que um governo republicano é aquele que está vinculado ao interesse comum das pessoas, no interesse da comunidade, em oposição aos interesses particulares e aos negócios privados.

Tanto Aristóteles como Cícero entendiam que na forma de governo republicana tudo converge para a ideia de um Estado cujos sentimentos de igualdade, justiça e compromisso dos governantes existam, visando o interesse comum de todos os participantes da Sociedade, ou seja, o Interesse da Maioria.

Desde as sociedades antigas que se busca uma forma de governo que leve o homem à convivência em associação com outras pessoas e à felicidade. Isto só seria possível quando o homem tivesse suprido suas necessidades básicas de alimento, moradia, segurança, saúde, amor, trabalho digno e satisfatório, necessidades estas que formariam seus interesses fundamentais.

Daniela Cademartori assinala que é em Rousseau que a ideia de soberania popular se insere na de República e apresenta a novidade de ampliar para a maioria a participação na vida cívica. Todavia essa nova liberdade não se apoia na ideia de liberdade ou na de direitos individuais. O ideal republicano é parte integrante e expressão política por excelência da tradição do pensamento moderno, que defende a razão contra os privilégios e tradições, e não daquela que proclama a liberdade do indivíduo. A partir de Rousseau é a soberania popular que passa a definir a Democracia, instrumento de luta contra os regimes, baseados na hereditariedade e no direito divino¹⁷¹.

¹⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 15-16.

¹⁷¹ CRUZ, Paulo Márcio; CADERNARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Sobre o princípio republicano: aportes para um entendimento de bem comum e interesses da maioria**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/14_98.pdf. Acesso em: 01/03/2021, p. 852

O processo de licitação se funda na compreensão de que as pessoas devem ter os mesmos direitos – legalidade formal. Muito embora deseje-se que qualquer licitação não possa admitir diferenciações entre pessoas ricas ou pobres, mais ou menos influentes dentro ou fora Estado, as regras devem ser claras e razoáveis para conciliar o interesse público com o interesse privado, ou seja, aquilo que é necessário à boa administração pública e o que pode ser fornecido por qualquer pessoa.

Com efeito, sendo a República a expressão máxima de que todo patrimônio do Estado é público, e que em uma República não devem existir classes/castas dominantes a Lei n. 8.666/93 estabelece uma igualdade formal para que a aquisição de determinados bens e serviços públicos seja realizada de forma a observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no *caput* do artigo 37 da atual Constituição.

A República está associada ao Direito, como diz Renato Janine Ribeiro. Estando a lei acima dos interesses particulares, ela é pública e não privada, encontrando-se então presente o Princípio Republicano da prioridade, conferida à Coisa Pública, que é formada a partir do Interesse da Maioria¹⁷².

Ao assim atuar, a Administração Pública alcança outro momento republicano, que é o da legalidade. Com efeito, a legalidade numa ótica de que todo e qualquer governo deve estar sujeito aos limites e consequências da lei, é o chamado *rule of law*, de sorte a evitar que os cidadãos sejam sujeitos aos caprichos e preferências dos governos e autoridades; ao contrário, toda atuação do gestor público deve estar voltada para o interesse público estabelecido previamente pela a normatividade imposta pelo Direito. Como diz o ditado: “a liberdade aprisiona e a lei liberta”, isto é, liberdades sem limites chocam-se umas com as outras.

Na filosofia política o republicanismo desenvolveu compreensão própria de liberdade, a qual não se confunde com aquela tradicionalmente sustentada pelo liberalismo, que a enxerga como ausência de constrangimento externo à ação do agente. A liberdade,

¹⁷² CRUZ, Paulo Márcio; CADERNARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Sobre o princípio republicano: aportes para um entendimento de bem comum e interesses da maioria.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/14_98.pdf. Acesso em: 01/03/2021, p. 853.

para o republicanismo, é concebida como “não dominação”. Nessa perspectiva, a submissão a leis gerais e abstratas, compatíveis com a lógica do Estado de Direito (rule of law), não é vista como problema para a liberdade. Mas a sujeição dos cidadãos aos caprichos e preferências das autoridades e governantes, sim. Por isso, o republicanismo demanda o emprego de técnicas de controle do poder estatal: separação de poderes, sistema de freios e contrapesos (checks and balances), submissão das autoridades ao princípio da legalidade, garantia de liberdades individuais etc. Em outras palavras, a liberdade republicana não é compatível com arranjos institucionais, formais ou informais que confirmem poderes incontrastáveis a determinados agentes¹⁷³ (SARMENTO, 2018, pp. 309 e 310).

Associado a esse elemento encontra-se a noção republicana que exige clara separação entre a coisa pública e o domínio privado, com a garantia de impessoalidade, transparência e controle na gestão da coisa pública. Os agentes públicos não cuidam do que é seu, mas dos bens e interesses de toda a coletividade. Como consequência, os agentes públicos não podem se relacionar com a coisa pública do mesmo modo como lidam com seus assuntos e interesses particulares, submetendo nos seus desejos e preferências pessoais ao interesse público, e, portanto, ao Direito.

Indo mais além, entende-se neste estudo que, sendo a República, caracterizada principalmente pelo poder da maioria, o Estado não será o único responsável pelo cuidado e fiscalização dos bens e interesses que a todos pertencem. Não se está mais em uma monarquia e muito menos em um regime totalitário. É necessário perceber que os cidadãos é que devem ser os primeiros a respeitar o que é comum, sendo os responsáveis, primeiro, pela conservação, e, segundo, pela cobrança incisiva dos agentes públicos, afim de que em conjunto atuem na fiscalização e conservação do patrimônio coletivo, comum ou social.

A não compreensão do que seja uma República e, principalmente, do que seja o Princípio Republicano traz prejuízos incalculáveis ao perfeito entendimento de termos como Direitos Fundamentais, Cidadania e Coisa Pública, por exemplo. Ao mesmo tempo, deturpa o sentido da própria Democracia que deve ser um instrumento republicano, ou seja, uma ferramenta para aferir e garantir o Interesse da Maioria e sua aplicação nos mais diversos aspectos da vida em Sociedade. Importante notar que o termo Interesse da Maioria estará sempre presente ao longo deste artigo, sendo o núcleo epistemológico

¹⁷³ SARMENTO, Daniel. **O Princípio Republicano nos 30 Anos da Constituição de 88: por uma República Inclusiva**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 296 - 318, Setembro - Dezembro. 2018. Disponível em [Revista Emerj vol. 20 nº 3 Gráfica.indd \(tjrj.jus.br\)](http://www.tjrj.jus.br/revista-emerj-vol-20-n-3-grafica.indd). Acesso em 15 de março de 2021, pp. 309-310.

principal, quando se trata de discutir República e o Princípio Republicano. Principalmente em se tratando de conceituar e caracterizar ambas as categorias. É fundamental, então, estabelecer o significado da categoria Interesse da Maioria para o presente artigo. Composta por duas subcategorias - Interesses e Maioria – é indicado expressar, antes, o significado de cada uma delas. Interesse significa a relação de reciprocidade entre o cidadão e um objeto que corresponde a uma necessidade social geral, que indica a formação da Coisa Pública. Maioria, por sua vez, implica que a Coisa Pública seja estabelecida a partir dos interesses construídos de forma hegemônica pelos cidadãos, que serão aferidos através de outros princípios, a exemplo do Princípio do Estado Democrático de Direito ou do Princípio da Temporalidade dos Mandatos Eletivos¹⁷⁴.

Com essa visão deve ser observado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, sempre que “em jogo” o interesse público, seja ele primário ou secundário.

A experiência forense tem permitido verificar que as empresas terceirizadas, que vencem os processos de licitação, em sua maioria não possuem patrimônio suficiente e, pior, contratam com o Poder Público já com a intenção de burlar as leis trabalhistas e dissolverem-se de forma irregular sem o pagamento do seu passivo.

Esse tipo de contratação gera enorme prejuízo ao patrimônio Público e perdas aos trabalhadores, ao passo que as empresas terceirizadas lucram inescrupulosamente com o não pagamento dos direitos trabalhistas aos seus colaboradores.

A insolvência proposital ou a dissolução irregular da pessoa jurídica, somada ao enriquecimento pessoal dos sócios, é resultado do abuso da personalidade jurídica e, igualmente, da ausência da boa-fé para com a Administração Pública.

A personificação da sociedade empresária termina após um procedimento dissolutivo, que pode ser judicial ou extrajudicial. É necessário acentuar que a simples inatividade da sociedade não significa o seu fim, como pessoa jurídica. A exemplo do que se verifica com as pessoas naturais que deixam de exercer qualquer atividade profissional (quando, por exemplo, se aposentam), mas não perdem, por óbvio, a capacidade para a prática de atos jurídicos, a pessoa da sociedade permanece, mesmo que o seu estabelecimento tenha sido fechado e alienado, mesmo que os seus empregados

¹⁷⁴ CRUZ, Paulo Márcio; CADERNARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Sobre o princípio republicano: aportes para um entendimento de bem comum e interesses da maioria.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/14_98.pdf. Acesso em: 01/03/2021, p. 846.

tenham sido dispensados, mesmo que não esteja mais praticando nenhuma operação econômica. A paralisação da atividade empresarial não importa necessariamente a dissolução da sociedade (o inverso também é verdadeiro: o direito contempla situações em que o fim da sociedade empresária não acarreta o da empresa, ou seja, o da atividade de produção e circulação de bens ou serviços, que prossegue sob a direção de um empresário pessoa física). O procedimento dissolutivo (ou dissolução em “sentido largo”, dissolução-processo) inaugura-se com um ato praticado pelos sócios ou pelo Judiciário (a dissolução em “sentido estreito”, ou dissolução-ato) e prossegue com a liquidação, que visa à solução das pendências negociais da sociedade, e a partilha, que distribui o acervo patrimonial remanescente, se houver, entre os sócios. Enquanto esse procedimento não se realiza, a sociedade continua titular de personalidade jurídica própria e todos os efeitos derivados da personalização (quanto à titularidade negocial e processual, e quanto à responsabilidade patrimonial) se verificam¹⁷⁵.

Perceba-se a importância do processo de dissolução voluntária (pelos sócios) ou forçada (pelo Poder Judiciário), sem a qual os sócios respondem perante os credores da sociedade. Trata-se da aplicação do pressuposto da boa-fé, pois nessa hipótese, não estão exatamente respondendo porque a empresa é devedora, mas pelo ato ilícito que eles próprios praticaram. Os atos empresariais compõem-se pelo desejo e pelo agir das pessoas físicas que dela fazem parte. Portanto, estar-se-ia diante da hipótese prevista pelo inciso III do § 2º do artigo 50 supracitado e do artigo 28, do Código do Consumidor.

Como regra, a dissolução irregular acaba aliada da confusão patrimonial entre sociedade e sócios ou ao esvaziamento patrimonial “ardilosamente provocado” para impedir a satisfação de credores, são fatos que indicam o abuso de direito e uso ilegítimo da personalidade jurídica da empresa.

Além disso, a própria ausência de patrimônio para garantir o passivo trabalhista implica na possibilidade de se levantar o véu da personalidade jurídica, antes que o Patrimônio Público ou o trabalhador sofram as repercussões econômicas do propositivo descumprimento das leis que regem a relação de trabalho.

Essas atitudes ilícitas configuram, abuso da personalidade jurídica e, pois, afrontam o princípio republicano. Com efeito, se o respeito ao princípio da igualdade, da legalidade, da moralidade, da economicidade e da eficiência é inerente ao agir da Administração Pública, como expressão viva do princípio

¹⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 2: direito de empresa. 16. ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2012, p. 35.

republicano, não menos importante é o agir lícito da sociedade empresária quando contrata com o Estado.

3.3 O incidente de desconsideração da personalidade jurídica como método harmonizador dos princípios de proteção ao trabalhador, da liberdade econômica, da autonomia patrimonial e da supremacia do interesse público: uma visão prática.

Partindo das reflexões que foram delineadas neste estudo é necessário agora compatibilizar o referido fenômeno com a dinâmica do Processo do Trabalho.

Antes, entretanto, é essencial traçar alguns aspectos que envolvem a Administração Pública nos processos trabalhistas, que são movidos pelos empregados prejudicados pelo não pagamento dos salários e demais verbas contratadas com as terceirizadas. Assim, será possível compreender melhor a importância do Incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica, num contexto de defesa do patrimônio público e dos interesses dos próprios trabalhadores.

Nesse sentido, destaca-se a existência de uma relação jurídica material, de ordem trilateral, que ocorre entre Administração Pública, tomadora do serviço, e a empresa terceirizada, e entre a empresa terceirizada e seus colaboradores. Dito de outra maneira, há uma relação de ordem administrativa entre a Administração Pública e a Empresa terceirizada, e uma relação de natureza trabalhista entre a empresa terceirizada e seus colaboradores. Quanto a essa dinâmica jurídica triangular não há qualquer óbice, seja constitucional, legal ou jurisprudencial, como já visto alhures.

Os problemas iniciam-se, entretanto, com o progressivo e gradual descumprimento contratual pela empresa terceirizada, em relação aos salários e demais verbas trabalhistas de seus colaboradores. O agravamento financeiro dessas empresas vai aumentando paulatinamente até o desaparecimento total da empresa, ou de seus bens, que nessas circunstâncias é a mesma coisa.

A responsabilidade do Estado por dívidas trabalhistas decorrentes dos contratos de terceirização tem sido, portanto, objeto de judicialização frequente na Justiça Obreira do País. O Poder Público ao se utilizar ordinariamente de

contratos de prestação de serviço para suprir muitas atividades-meio, como por exemplo vigilância e limpeza, tem ocasionado enorme quantidade de demandas trabalhistas. Essas demandas têm origem no inadimplemento das verbas devidas aos trabalhadores, pelas empresas terceirizadas.

Ainda que haja, de uma maneira geral, o costume administrativo de as repartições manterem os mesmos servidores até a assunção de uma nova empresa terceirizada, que irá contratá-los novamente, muitos trabalham meses a fio sem receber salários e demais verbas rescisórias. Ao fim, os trabalhadores acabam demandando tanto as empresas terceirizadas quanto a Administração Pública, em litisconsórcio.

Em regra, as ações são julgadas procedentes, para fins de condenar a empresa terceirizada como devedora principal e a Administração Pública como devedora subsidiária.

Nesse momento é necessário abrir um parêntese, para que se possa estudar, sumariamente, a figura da responsabilidade subsidiária, conforme o novo Código Civil e o Direito do Trabalho.

Com efeito, responsabilidade tem origem no verbo do latim "Respondere". Significa que alguém, mediante ação ou omissão, quando causar um dano, tem a obrigação de responder, assumindo as consequências que este dano tenha causado. Essa obrigação, derivada de um ato culposo ou doloso, busca dar uma ordem jurídica na sociedade¹⁷⁶.

A responsabilidade Civil, prevista nos artigos 186 e 927 do novo Código Civil, pode ser conceituada como uma obrigação, imposta para determinada pessoa, de responder pelos danos decorrentes da prática, por ação ou omissão, de uma conduta antijurídica que viola direito de outrem.

Desse modo, tal instituto consiste na determinação de um dever jurídico de ressarcimento, com função compensatória, uma vez que possui a pretensão de suprimir os prejuízos causados pela ocorrência de danos, visando, assim, restabelecer o equilíbrio violado. Tendo em vista o agente a quem se imputa a conduta geradora do dano, a responsabilidade pode ser definida como direta ou indireta. Na modalidade direta, a obrigação de indenizar surge em decorrência da conduta ilícita praticada pelo próprio agente, podendo consistir em uma ação

¹⁷⁶ STOLZE, Gagliano Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. Ed. Saraiva, 10.^a ed. 2012, 46.

ou omissão. A responsabilidade indireta, por sua vez, corresponde a situação na qual o dever de reparar o dano advém de ato ilícito praticado por um terceiro, o qual possui relação jurídica com o civilmente responsável. O fundamento dessa responsabilidade por fato de outrem abrange os conceitos de culpa “in elegendo” (má escolha) e culpa “in vigilando” (má vigilância). Portanto, essa responsabilidade corresponde ao fato de que, os sujeitos que elegeram terceiros para firmar vínculos jurídicos têm o dever de vigiar e fiscalizar as atividades destes, de modo a impedir a ocorrência de possíveis violações de direitos alheios¹⁷⁷.

De posse desses conceitos mínimos, pode-se entender o que vem a ser responsabilidade subsidiária. Essa obrigação impõe ao credor o respeito ao benefício de ordem dos devedores. Então, primeiro o credor tem que direcionar o processo em desfavor a uma determinada pessoa e somente quando exaurido todos os meios legais o comando da execução vai ser direcionado ao segundo responsável que, no caso, é o responsável subsidiário. A responsabilidade subsidiária tem caráter acessório ou suplementar. Há uma ordem a ser observada para cobrar a dívida, na qual os bens do devedor subsidiário só podem ser executados após a dívida não ter sido, parcial ou totalmente, adimplida pelo devedor principal. A principal diferença existente entre a responsabilidade solidária e a subsidiária é justamente a questão do benefício de ordem quanto ao cumprimento da obrigação.

No caso das ações trabalhistas, em que a Administração Pública é condenada, aplica-se a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, para que o alcance da condenação e execução ocorram de forma subsidiária à devedora principal.

Para além disso, estabelece o novo Código de Processo Civil, em seus artigos 790 e 791, que o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei. Bem assim, estão sujeitos à execução os bens tanto do

¹⁷⁷ NAKAMURA, Andrelly *et al.* *Responsabilidade nos contratos de terceirização no âmbito trabalhista*. Disponível: <https://dandarafelicio.jusbrasil.com.br/artigos/337063857/responsabilidade-nos-contratos-de-terceirizacao-no-ambito-trabalhista>. Acesso: 23-07-2020, p. 1-4.

sócio, quando estipulado em lei, ou o responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

Portanto, fechando parêntese, quando o Estado é condenado nas ações trabalhistas, a execução do patrimônio público somente ocorrerá depois de excutidos os bens da empresa terceirizada.

Perceba-se, é no Processo do Trabalho que ocorrem os atos e termos necessários para a solução das pretensões trabalhistas deduzidas em juízo.

O Processo do Trabalho, dotado de autonomia didática e doutrinária, possui princípios próprios, v.g., celeridade, concentração, informalidade, oralidade, economia processual, dentre outros, plenamente compatíveis com o arcabouço principiológico constitucional citado, afinal voltado, precipuamente, para a efetivação prática do Direito do Trabalho (artigo 7º da CF/88), este, por sua vez, tendo por função primeira a proteção ao trabalhador hipossuficiente. Da mesma forma que não podemos interpretar a Constituição Federal à luz do direito infraconstitucional, como já enfatizamos anteriormente, também esse ramo especial do direito infraconstitucional - o Processo do Trabalho - não pode ser posto em prática como se de Direito Processual Comum se tratasse, pois ele deve se prestar, teleologicamente, a efetivar os direitos sociais constitucionalmente (materialmente) assegurados. Com efeito, o artigo 769 da CLT continua a exigir compatibilidade principiológica para aplicação dos institutos do Processo Civil nos casos de omissão da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)¹⁷⁸ (PIMENTA; ZAMBONINI, 2017, p. 77).

Porém, as sentenças proferidas nesses processos não têm, na sua maioria, entregado, no momento e no tempo adequado, o bem pleiteado judicialmente.

É na fase de execução da sentença que se concretiza a pretensão deduzida em juízo. Ou seja, para o reclamante, que aguarda anos a fio o final de sua demanda, o direito já tornado certo na fase de conhecimento do processo judicial, a execução representa a entrega do bem da vida almejado. O recebimento de seu crédito, sabidamente de natureza alimentar, representa a conclusão de uma longa e demorada espera.

Ao contrário, o que se tem visto rotineiramente é a ineficácia dos atos de execução por “culpa” da devedora principal – empresa terceirizada. Salienta-se que esse problema decorre da frequente alternância das empresas prestadoras de serviços e pelo elevado número de falências/dissoluções irregulares que

¹⁷⁸ PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; ZAMBONINI, Leonardo Evangelista de Souza. **A reforma trabalhista e a desconsideração da personalidade jurídica.** Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, edição especial, nov. 2017, p. 79.

ocorrem nesse ramo. Dito de outra maneira, chama atenção que grande parte das empresas, que contratam com o Poder Público para fornecer trabalho terceirizado, mediante licitação, não pagam seus colaboradores por meses a fio, e quando demandadas desaparecem sem bens suficientes para garantir eventuais processos trabalhistas. E assim ocorre por inúmeros fenômenos, dentre eles: a) a empresa formada com capital social diminuto; b) a empresa foi irregularmente dissolvida durante a vigência do contrato de terceirização, ficando sem capital e patrimônio; c) o sócio, que possui capital e patrimônio, se retira da sociedade antes ou durante o aforamento das reclamações.

Ressalta-se, igualmente, a importância que o fator tempo pode exercer sobre a justa solução da lide. E aqui entenda-se *justa solução da lide* não apenas na hipótese tradicional de resolução de mérito que ocorre ao final de um longo *iter* processual, mas deve ser entendida, também, no dinamismo e na rapidez com que a prestação jurisdicional deve ser entregue às partes. A lenta duração do processo ocasiona a perda superveniente da utilidade do provimento final para a parte credora, e pode ocasionar a chamada execução frustrada, situação em que o devedor, citado em processo de execução, não paga, não deposita e não nomeia bens à penhora. Se isso ocorrer, haverá presunção de insolvência do devedor principal, e a responsabilidade pelo cumprimento da sentença poderá recair sobre o patrimônio do devedor subsidiário/solidário. Afora essa situação, há que se considerar o enorme custo que um longo processo pode acarretar às partes. Quer dizer, o dever de prestação da tutela jurisdicional em tempo adequado, além de ser um compromisso institucional, preconiza o respeito ao ser humano que recorre ao poder judiciário para obter respostas concretas às pretensões que entende legítimas frente ao Direito. Uma justiça lenta pode causar um efeito devastador para às partes¹⁷⁹.

Como já referido, o embate jurídico trabalhista naturalmente passa pela análise dos contornos e das peculiaridades da aplicabilidade da Súmula n.º 331 do e. Tribunal Superior do Trabalho, no caso concreto. Se a prestadora de serviços não efetuar o pagamento dos créditos salariais devidos ao trabalhador, a responsabilidade deve ser transferida à tomadora de serviços, responsável subsidiária. Esse entendimento está consagrado na nova redação dos itens IV

¹⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 7.

e V. Além disso, a transferência da responsabilidade não exclui do tomador de serviços a responsabilidade pelo pagamento de todas as verbas deferidas pela Justiça ao empregado (item VI).

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

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

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.¹⁸⁰

Importante ressaltar que, a partir do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16, o e. Supremo Tribunal Federal admitiu a constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei n. 8.666/98. Assim, não cabe ao Judiciário Trabalhista condenar a Administração Pública com base na responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da atual Constituição Federal). Nesse caso, subsiste a Súmula supramencionada alterando tão-somente o seu sentido, para fins de delimitar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Dito de outra maneira, caberá, no *iter processual*, a comprovação de alguma das modalidades de agir culposos da Administração Pública, em especial a *culpa in vigilando*. Perceba-se que não se está aqui tratando de vínculo empregatício com a Administração Pública (situação vedada pela atual Constituição), mas sim, de que a Administração Pública está obrigada a garantir os eventuais débitos trabalhistas, caso a empresa terceirizada não tenha patrimônio suficiente para tanto (responsabilidade subsidiária), e tenha sido comprovada nos autos a sua *culpa in vigilando*.

¹⁸⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula n. 331.**

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO TOMADOR DOS SERVIÇOS. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº16, firmou entendimento de que a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93 não impede a responsabilização de ente público tomador dos serviços quando comprovada a sua culpa *in vigilando* por descumprimento do dever de fiscalização do contrato, conforme art. 67 da Lei 8.666/93. Não comprovada efetiva fiscalização dos contratos de trabalho mantidos pela prestadora dos serviços, resta autorizada a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços. Aplicação das Súmulas 331 do TST e 11 deste Tribunal. Recursos do segundo, terceiro e quarto reclamados não providos¹⁸¹.

Nesse contexto, o Poder Judiciário Trabalhista tem assumido historicamente um papel protagonista na resolução judicial de demandas dessa natureza, algo que era corroborado pela relativa carência legislativa do assunto.

Nessa inter-relação de circunstâncias desfavoráveis ao empregado e ao Patrimônio Público, surge a necessidade de suscitar a desconsideração da personalidade jurídica que, nos processos trabalhistas, normalmente ocorre na fase de execução, quando não se consegue excutir os bens do devedor principal, pessoa jurídica. Porém, esse cenário já se apresentará tardio para a Administração Pública e para o empregado, pois a empresa sem patrimônio, que não raras vezes é dilapidado pelos sócios ou administradores, a fim de dificultar ou mesmo inviabilizar a respectiva execução, deixará para o Estado todo o ônus de pagar o débito trabalhista e seus consectários. E aos trabalhadores resta a esperança de um Precatório ou, na melhor das hipóteses, uma Requisição de Pequeno Valor. Salienta-se que cada entidade pública devedora estabelece o limite para que sejam expedidas as Requisições de Pequeno Valor, porém a regra geral é até 30 salários mínimos nos Municípios e até 40 salários mínimos nos Estados¹⁸² e no Distrito Federal. No âmbito federal, a Requisição de Pequeno Valor alcança até 60 salários mínimos.

Desta forma, torna-se importante, para o sistema republicano, a utilização do *incidente de desconsideração da personalidade jurídica* previsto nos artigos 133 a 137 do novo Código de Processo Civil, corroborado pelo artigo 855-A da Consolidação da Leis do Trabalho, em sede de contestação, evitando-se o longo

¹⁸¹ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO, 2017, **Processo nº 0021516-46.2015.5.04.0024**.

¹⁸² No Rio Grande do Sul aplica-se a Lei Estadual nº 14.757, de 16 de novembro de 2015, que dispõe acerca do procedimento para o pagamento das requisições de pequeno valor devidas pelo Estado do Rio Grande do Sul, suas Autarquias e Fundações e dá outras providências.

lapso temporal dos processos, que podem levar a uma execução frustrada e o conseqüente prejuízo ao Patrimônio Público e ao trabalhador.

Além disso, não se olvide que esse procedimento acolhe os preceitos constitucionais de que ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, incisos LIV e LV da atual Constituição Federal), que vêm em benefício dos sócios, pois estabelece um procedimento único, a ser aplicado por todos os juízos, evitando-se, destarte, procedimentos diversos consoante o entendimento de cada Magistrado ou Tribunal.

Veja-se, não obstante, que o presente estudo se solidifica em relação às sociedades limitadas ou empresas unipessoais de responsabilidade limitada (EIRELI) porque são a grande maioria nas terceirizações de recursos humanos para a Administração Pública. Além disso, uma vez integralizado o capital social, os sócios não respondem pelas dívidas da empresa. Por outro lado, as sociedades anônimas, ainda que preservem a pessoa natural dos sócios, não se afiguram, geralmente, participantes nos processos de licitação para a terceirização de recursos humanos para a Administração Pública.

Com efeito, a função da *disregard doctrine* afigura-se residual, a par de episódica, só deve ser aplicada se a autonomia da pessoa jurídica se tornar um obstáculo para a coibição de fraudes e abusos de direito. Caso o sócio, acionista, o administrador ou a sociedade sejam destinatários específicos de normas que lhes atribuam responsabilidades pelo abuso de direito ou pela realização de fraudes, desnecessária a desconsideração, porque a responsabilidade patrimonial secundária é diretamente atribuída a tais pessoas (art. 790, II)¹⁸³. [...]

O artigo 133 do novo Código de Processo Civil destaca que: “Art. 113. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”. Adiante, o parágrafo primeiro assim alude: “§ 1º. O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei”.

Perceba-se que a desconsideração da personalidade jurídica pressupõe a prévia verificação de instâncias fáticas, que se traduzem pelo desaparecimento

¹⁸³ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 19ª ed., 2017, p. 312.

irregular da pessoa jurídica, a inexistência de suporte patrimonial, abuso da pessoa jurídica, fraude a credores, dentre outras.

Para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica existem duas teorias, a saber: a) teoria maior, prevista no artigo 50 do novo Código Civil, quando houver, além do abuso da personalidade jurídica pelos sócios, desvio de finalidade da empresa e confusão patrimonial; b) teoria menor, prevista no artigo 28 da Lei nº 8.078/90, que por suas características protetivas ao consumidor (parte hipossuficiente na relação de consumo assemelhada ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação de trabalho) é amplamente aceita de forma subsidiária pelo processo do trabalho.

A primeira delas, a teoria maior, de ares clássicos, consagrada como regra geral pelo art. 50 do Código Civil, é no sentido de que, além do prejuízo, é necessário que tenha havido abuso da personalidade, entendido este como ofensa à lei ou aos estatutos da entidade. Veja-se, então, que o número de exigências para desconsideração é inversamente proporcional ao nível de proteção que o respectivo ramo jurídico queira dar a uma das partes das relações que regulamenta, observado que, no âmbito das trocas de consumo, o ordenamento confere especiais prerrogativas ao consumidor (bem refletidas também na teoria do risco interno da atividade), tomado como hipossuficiente perante a empresa fornecedora, desnível que, em princípio, e de forma geral, não se considera ínsito aos negócios de índole estritamente civil.

O Direito do Trabalho tem como fundamento tutelar ou proteger o trabalhador diante do poder econômico titulado pelo empregador, dessa forma entende-se que a teoria menor ou objetiva, coaduna-se melhor com os princípios norteadores das relações de trabalho, notadamente as de emprego, e pode ser aplicada ao processo trabalhista a teor dos artigos. 2º, § 2º, 9º e 455 da CLT, que atribuem ao juiz o poder-dever de impor responsabilidade a todos que se beneficiem do labor do trabalhador¹⁸⁴.

SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. Oportuno mencionar que a pessoa jurídica executada é sociedade anônima de capital fechado, estrutura organizacional caracterizada pela centralização administrativa e que

¹⁸⁴ PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; ZAMBONINI, Leonardo Evangelista de Souza. **A reforma trabalhista e a desconsideração da personalidade jurídica**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, edição especial, nov. 2017, p. 84.

dá azo a aplicação analógica do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, relativamente ao qual a teoria menor, prevalecente na seara trabalhista, autoriza o levantamento do véu corporativo pela mera insolvência da empresa executada, na busca pela satisfação da obrigação constituída no título executivo. Inteligência e aplicação do parágrafo 5º do art. 28 do CDC c/c o parágrafo único do art. 8º e o art. 769, ambos da CLT. Agravo de petição ao qual se nega provimento”.¹⁸⁵

Em igual sentido:

“BENEFÍCIO DE ORDEM. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE BENS DESEMBARAÇADOS APTOS À SATISFAÇÃO DA EXECUÇÃO. NÃO CABIMENTO. A alegação do benefício de ordem deve vir acompanhada da nomeação de "bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito", nos termos do art. 596, parágrafo 1º do CPC. Ausente a indicação de bens, não é oponível o benefício. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. TEORIA MENOR. Na Justiça do Trabalho, a desconsideração da personalidade jurídica está fundada na aplicação da teoria menor, com amparo no art. 28, parágrafo 5º, do CDC, segundo a qual não é necessário haver prova de abuso da personalidade ou mesmo fraude para que se busque a satisfação do crédito no patrimônio dos sócios. Não se exige, tampouco, que haja pedido do exequente neste sentido, mesmo porque, na Justiça do Trabalho, a execução pode ser promovida de ofício pelo juiz (artigo 878, CLT). Agravo de petição parcialmente provido”.¹⁸⁶

Nesse caso, em especial o § 5º do artigo 28, do Código Consumerista, esclarece que poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Ainda que a desconsideração da personalidade jurídica, sob o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, indique seu pleno cabimento no âmbito da jurisdição trabalhista, destaca-se, que as discussões e conclusões sobre o tema, até então, não abordam a desconsideração incidental como meio de defesa, pelo réu, e é o que se propõe com o presente estudo.

Além disso, uma vez instaurado e admitido o incidente, qual regramento de direito matererial será cabível? Poder-se-ia argumentar em favor do sócio demandado, que a regra do artigo 28 do Código do Consumidor não se aplicaria à Administração Pública, pois não seria parte hipossuficiente no processo. Porém,

¹⁸⁵ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. **Acórdão Nº: 20160025669, processo n: 00023943320125020016 A28**, ano: 2015, Rel. Benedito Valentini, data de publicação: 19/02/2016.

¹⁸⁶ Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Acórdão n. 20150040630, processo n. 00017896120145020002 A28**, ano: 2014, Rel. Regina Duarte, data de publicação: 06/02/2015.

esse argumento não convence. Primeiro, ante a natureza ou grandeza do crédito (de ordem trabalhista), à Administração Pública caberia todo o ônus financeiro e as duras repercussões processuais da Justiça Obreira. Segundo, a insolvência *ipso facto* da pessoa jurídica, somada à existência de patrimônio pessoal dos sócios, pode ser o resultado, ainda que presumido, do abuso de sua personalidade jurídica e enriquecimento ilícito de seus sócios. Terceiro, a repercussão da condenação, além de natureza de crédito trabalhista, importa em prejuízo ao patrimônio público e viola o preceito constitucional republicano.

Aceita-se, destarte, o artigo 28 do Código do consumidor para aplicação subsidiária ao Direito do Trabalho, mesmo nos casos de pedido incidental de desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública.

Além disso, na ótica desse estudo, a desconsideração da personalidade jurídica deve-se estender a todos os sócios, não apenas ao administrador. Contudo, a responsabilidade poderá ser afastada por ausência do nexos causal com base no fato de terceiro (no caso admita-se o gestor como terceiro nos casos em que haja sócio cotista formal). Eventualmente poderá o sócio minoritário comprovar, no incidente, que compunha a sociedade apenas para fins jurídicos. Assim, não é de melhor Direito atrelar o dano a esse tipo de sócio, pois o fato de terceiro rompe o nexos causal e, desse modo, não há o dever de indenizar para aquele. A culpa de terceiro é prevista, também, no Código de Defesa do Consumidor, por seu inciso II do § 3º do artigo 14.

Como referido acima, percebe-se que o artigo 133 e seguintes do Código de Processo Civil, corroborado pelo artigo 855-A da Consolidação das Leis do Trabalho não especificam expressamente que o incidente sob comento pode ser utilizado pelo réu, como matéria de defesa indireta, ou seja, no momento em que apresentar sua contestação.

A situação jurídica-processual, como visto, proporciona uma espécie de injusto vácuo jurídico, pois na maioria dos casos, já na audiência preliminar, é sabido de antemão pelas partes (Advogados e Juízes) que a execução da sentença não irá alcançar os bens do devedor principal, mas sim, irá recair sobre o patrimônio público.

A resposta que se pretende obter com este estudo necessariamente deve passar pela harmonização dos interesses envolvidos no caso concreto, mediante aferição dos valores constitucionais preferenciais.

Não se pretende aqui discutir acerca das preferências teóricas acerca de uma doutrina neoconstitucionalista ou pós-positivista à brasileira, com misturas conceituais entre as doutrinas de Dworkin e Alexy. O presente trabalho não está à altura dessa tarefa.

Não obstante pode-se inferir que, ao Magistrado ou Tribunal, caberá, com intuito de estabelecer a regra para o caso concreto, a tarefa de acatar, ainda que possa julgá-lo procedente, improcedente ou parcialmente procedente, o Incidente de Desconsideração a ser proposto pela Administração Pública, mediante aferição dos interesses em jogo, com base na racionalidade de uma ordenação jurídica existente.

Com efeito, ajuizada a demanda pelo trabalhador, eventual incidente de desconsideração da personalidade jurídica ocasionará, além do conflito de interesses naturalmente existente nas ações condenatórias, um novo conflito de interesses entre o trabalhador, os sócios da empresa demandada e o Poder Público que suscitou o incidente. Nesse caso o Interesse Público, que dá suporte ao interesse Republicano, será sopesado ao interesse da celeridade processual e da condição mais benéfica ao trabalhador, que conformam o Princípio de Proteção ao Trabalhador, e ao Princípio da Autonomia Patrimonial, que é a o substrato da liberdade econômica. Ao assim realizar a tarefa de ponderação, um interesse maior poderá preponderar sobre outro, mas sem que haja qualquer dimensionamento de hierarquia. Apenas serão harmonizados para que haja uma solução mais justa ao caso.

De qualquer sorte, permitir à Administração Pública suscitar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos casos em que haja ao alguma evidência de ausência ou abuso da personalidade jurídica da empresa, ainda na fase instrutória do processo trabalhista, além de beneficiar o trabalhador, é medida republicana de proteção do patrimônio público. Para tanto, sugere-se um aprimoramento das instâncias jurisdicionais trabalhistas, para que estejam sempre atentos aos casos que possam implicar na flexibilização ou mitigação dos princípios republicanos da Primazia do Interesse Público e da Indisponibilidade do Patrimônio Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização, fenômeno questionável sob o ponto de vista dos direitos sociais, é uma das consequências de uma visão liberal da economia que, na busca da otimização de resultados, entende que a atividade-meio ou a atividade-fim podem ser preenchidas por pessoas contratadas sem qualquer vínculo de emprego e suas respectivas consequências financeiras e previdenciárias. O fenômeno da terceirização e suas implicações surgem num panorama em que as empresas buscam reduzir seu tamanho para continuar financeiramente competitivas no mercado global.

Nessa quadra, em que o estado de crise virou algo permanente no discurso capitalista e liberal, o “desenvolvimento” gerencial da Administração Pública pressupõe reformas administrativas sucessivas e a “diminuição do tamanho” do Estado, como um processo contínuo, como se fossem necessários para uma maior eficiência na “governança” pública. Entretanto, o retrocesso social é um fenômeno presente no modo de ver o mundo somente pelo aspecto econômico-financeiro. Esse mecanismo capitalista é implacável.

Embora possa ser criticada sob todos os aspectos, esse tipo de contratação terceirizada de recursos humanos, para serviços que não se qualifiquem como atividade-fim do Estado, é pacífica no ordenamento jurídico e referendada, *cum granus salis*, pela Justiça do Trabalho. E é através dela que hoje o Estado, observando o princípio constitucional da eficiência, contido no artigo 37, *caput*, da atual Constituição, e autorizado pelo inciso XXI do artigo 37 da Constituição de 1988, supre suas carências de recursos humanos para atividades internas ou externas como limpeza, vigilância, dentre outras.

Cada vez mais comum, no dia a dia da Administração Pública, a terceirização de recursos humanos, que além de causar prejuízos ao trabalhador demanda uma grande quantidade de reclamações trabalhistas e, por consequência, prejuízos financeiros ao Estado. Como já referido alhures, as empresas terceirizadas não pagam os seus trabalhadores, e a conta recai sobre o Patrimônio Público. E assim se administra o Brasil, onde cada Administração empurra os problemas à frente, como se administrar a coisa pública prescindisse de um planejamento sério e a longo prazo.

O processo, como meio de resolução dos interesses em conflito, é longo

e caro, e quando chega ao fim, na fase de execução, encontra a empresa terceirizada sem quaisquer condições de adimplir a condenação proferida em sentença. Porém, o Estado, como devedor subsidiário, arcará com a condenação e suas repercussões financeiras. Por sua vez, o trabalhador terá de se contentar com um Precatório ou uma Requisição de Pequeno Valor.

Os aspectos relativos ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e seu cabimento no âmbito da jurisdição trabalhista já foram explanados alhures. Todavia, as discussões e conclusões sobre o tema, até então observados na doutrina e jurisprudência, não abordam a desconconsideração incidental como meio de defesa, pelo Réu.

É mister, destarte, como meio Republicano de Proteção ao Patrimônio Público, que esse novel instituto possa ser aplicado também pelo Réu/Estado, quando detectada a insolvência, revelia ou dissolução irregular da empresa terceirizada.

Aliás, será salutar que se instaure o incidente de descortinação da pessoa jurídica desde logo, como meio de defesa, ainda que no *iter* do processo de cognição, pois a espera processual causará mais danos ao trabalhador e ao Patrimônio Público.

Admitir-se o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica provocado pelo Estado, nos casos em que haja nítida comprovação de abuso da personalidade jurídica da empresa (devedora principal), na fase instrutória do processo trabalhista, é medida de suma cautela relativa ao patrimônio público. O pressuposto material para a utilização do incidente está previsto no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Não há dúvida de que a exigência de licitação para a contratação de serviço terceirizado, pela Administração Pública, tem indiscutível caráter republicano, bem assim, está em absoluta conformidade com a proteção do interesse e do patrimônio público.

Ainda que a Justiça Obreira, a partir da Súmula 331 do e. TST, harmonize o texto do artigo 71 da Lei de Licitações com o princípio da proteção ao trabalhador, há total possibilidade de serem observados os princípios da proteção e indisponibilidade do patrimônio público e o princípio da supremacia do interesse público no âmbito das Reclamatórias Trabalhistas.

Estreme de dúvidas, para a Administração Pública existe uma instância

administrativa obrigatória, quando pretenda obter serviços terceirizados. A obrigação de licitar limita a ação do administrador, obrigando-o a contratar empresas pelo menor custo. Esse é um dos fundamentos pelos quais se estabeleceu no § 1º do artigo 71 a responsabilidade da terceirizada em relação aos débitos trabalhistas. Vislumbra-se, pois, nítida aplicação do princípio da indisponibilidade e proteção ao patrimônio público.

Poderá alguém objetar a instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica pelo Estado, quando da fase instrutória, alegando que não há previsão legal específica, e que o procedimento poderá causar mais demora ao processo.

Contudo, ainda que não haja previsão legal específica, não há vedação pelo ordenamento jurídico de que ao Estado, eventualmente prejudicado pela insolvência da empresa terceirizada, possa arguir o incidente como defesa indireta de mérito. Além disso, não haverá prejuízo ao trabalhador, na medida em que o incidente será um facilitador no momento da execução da sentença. O Magistrado ou o Advogado, já saberá, de antemão, para onde deverá direcionar a execução da sentença.

Além disso, para admitir o incidente deverá o Magistrado ponderar os interesses envolvidos e utilizar a regra da proporcionalidade em todas as situações, para ser justo em suas soluções.

Ao assim realizar a tarefa de ponderação, um interesse maior poderá preponderar sobre outro, mas sem que haja qualquer dimensionamento de hierarquia. Apenas serão harmonizados para que haja uma solução mais justa ao caso.

Perceba-se, nesse caso, que a supremacia do Interesse Público, enquanto consagração dos interesses coletivos, deve prevalecer sobre o princípio da liberdade econômica, enquanto pressuposto da proteção da sociedade como um todo. Com efeito o princípio da Indisponibilidade do Interesse Público vem firmar a ideia de que o patrimônio ou o conjunto de benefícios da sociedade não se encontram à disposição do administrador ou do particular, por ser o axioma mais importante de um Estado Republicano.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Proteção da boa-fé subjetiva**. Revista da AJURIS – v. 39 – n. 126 – Junho 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria do direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros Ltda, São Paulo. 5ª ed., 2008.

ARISTÓTELES. **Política**. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1985. Trad. Mario da Gama Kury.

ASCARELLI, Tullio. O empresário. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 36, n. 109, p. 182-189, 1998.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, 1996.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 19ª ed., 2017.

_____. **Ética a Nicômaco**. Editora Atlas, São Paulo, 2009. Tradução Antônio de Castro Caeiro.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. Malheiros Editores, São Paulo, 2008.

_____. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos: regime jurídico dos funcionários públicos**. 1ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 4, n. 15, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Editora: Zahar, Rio de Janeiro, 2001. Tradução Plínio Dentzien.

_____. **A riqueza de poucos beneficia todos nós?** Editora Zahar, Rio de Janeiro, 2015. Tradução Renato Aguiar.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise**. Editora Zahar, Rio de Janeiro, 2016. Tradução Renato Aguiar.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Editora Elsevier, Rio de Janeiro, 2004.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. Editora Edipro, São Paulo, 2019. Tradução Ariani Bueno sudatti; Fernando Pavan Baptista.

_____. **Estado, Governo, Sociedade: Fragmentos de um dicionário político**. Editora Paz e Terra. 23ª ed., 2020. Tradução Marco aurélio Nogueira.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Malheiros Ltda., São Paulo. 9ª Edição, 2000.

BRASIL. **Lei Federal 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. *In*: Diário Oficial da União de 22/06/1993.

_____. **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**, Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-200...>
Acesso em: 03 de fevereiro de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 5685**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 15/06/2020. Publicação: Dj n.º 208. Divulgação: 21/08/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n.º 324**. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 30/08/2018. Publicação: DJe-194. Divulgação: 05-09-2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho, **Súmula 331**.

_____. TST - RR 1000531-57.2015.5.02.0715. Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann. Data de Julgamento: 06/03/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/03/2018.

_____. TRT 3ª R. - 2ª Turma - RO-16980/96 - Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros - DJMG 18.04.1997.

BULGARELI, Waldirio. **Direito empresarial moderno**. Editora Forense, Rio de Janeiro. 1ª edição, 1992.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 16. ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

COUTO E SILVA, Almiro. **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público à brasileira?**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul n. 57. Porto Alegre. Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2003.

CRISTOVAM, JOSÉ SERGIO DA SILVA. **Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público**. Rev. Investig. Const., Curitiba, v. 6, n. 1, p. 107-134, Apr. 2019. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392019000100107&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 11 de fevereiro de 2021. Epub Oct 21, 2019. <https://doi.org/10.5380/rinc.v6i1.57508>.

CARTA CAPITAL. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/brasil-debate/uma-nota-sobre-o-fim-da-historia-de-francis-fukuyama/>. Acesso em 12 de abril de 2021.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2ª ed., 9ª reimpr. Editora Juruá, Curitiba, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; CADERNARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Sobre o princípio republicano: aportes para um entendimento de bem comum e interesses da maioria**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/14_98.pdf. Acesso em: 01/03/2021.

CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. **Sobre o Princípio Republicano**. Novos Estudos Jurídicos. Vol. 13. Número 1. Janeiro-Junho de 2008, pp 43-54.

CRUZ, Paulo Márcio; FARIA, Daniela Lopes de. **A Necessária evolução do Estado de Direito Social teorizado por Herman Heller ao Estado de Direito Socioambiental diante da crise ambiental na sociedade de riscos**. Revista Brasileira de Direito. Volume 12. Número 1, 2016.

CRUZ, Paulo Márcio; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Neokeynesianismo, neointervencionismo e ultraliberalismo: impactos da covid-19 no direito nacional**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará. Volume 40, n. 1. Janeiro-Junho de 2020

CUT. **Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha**. Disponível em [Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf \(cut.org.br\)](#). Acesso em 15 de março de 2021.

DEISIANE DO NASCIMENTO. **Atuação da Administração Pública Gerencial no Brasil Após a Reforma Bresser**. Disponível em [Deisiane do Nascimento - Edycarlos de Souza.pdf \(uff.br\)](#). Acesso em 15 de março de 2021

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. Ed. São Paulo: LTr, 2014.

DESCARTES, Rene. **O Discurso do método**. Editora Acrópolis, 2013.

DE OLIVEIRA, Larissa Pinha. **A falácia da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**. Revista Brasileira de Direito, IMED, Vol. 9, nº 1, jan-jun 2013.

DE SOUZA, Leonardo da Rocha. **A teoria do discurso de Habermas como solução procedimental ao pluralismo na concepção dos direitos humanos**. Disponível em: www.publicadireito.com.br. Acesso em 10 de fevereiro de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do direito**. 3ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 8ª edição, São Paulo. Editora Atlas, 1997.

DUGIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Editora ícone, São Paulo. Ed. 1996.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. 2ª Edição, 1965.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 8.ª ed., 2017, Editora Positivo, Curitiba.

FERRAZ JR., Tecio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão dominação**. 4ª ed. Editora Atlas, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Manifiesto por la Igualdad**. Editora Trotta, Madrid, 2019.

FRANÇA, Phillip Gil. **Interesse público, um conhecido conceito "não indeterminado"**. Direito do Estado, 2016. Disponível: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/phillip-gil-franca/interesse-publico-um-conhecido-conceito-nao-indeterminado>. Acesso: 05 de Fevereiro de 2020.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. Editora Saraiva, São Paulo. 7ª ed., 2002.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

HARVEY, David. **Condição Pós-moderna**. Editora Loyola, São Paulo. 26ª ed. 2016. Tradução Adail Ubirajara Sobral; Maria Stela Gonçalves.

HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções 1789-1848**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Editora Martins Fontes, São Paulo. 1ª edição, 1990. Tradução Luís Carlos Borges.

_____. **Teoria Pura do direito**. Editora Martins Fontes, São Paulo. 8ª edição, 2020. Tradução João Baptista Machado.

LAFER, Celso. **O Significado de República**. Estudos Históricos. Rio de Janeiro. Volume 2, n. 4, 1989. Disponível em [2286-Texto do Artigo-3765-1-10-20091119\(1\).pdf](#). Acesso 15 de março de 2021.

LUCENA, Armando de Sousa. **Aspectos da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Justiça do Trabalho - um estudo de sua realização no plano da eficácia jurídica**. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-da-desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-juridica-no-%C3%A2mbito-da-justi%C3%A7a-do-trabalho-um-e>> Acesso em Maio de 2016.
NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. 10. ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2020.

MALISKA, Marcos Augusto. **Max weber e o Estado racional moderno**. Disponível em [MAX WEBER E O ESTADO RACIONAL MODERNO | Maliska | Revista Eletrônica do CEJUR \(ufpr.br\)](#). Acesso em 15 de março de 202.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo. Ed. Atlas. 5. ed. 2014.

MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. **O provável confronto entre Alberto Asquini e Ronald Coase: uma análise dos perfis de empresa a partir da teoria da firma**. XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Junho de 2010. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3353.pdf>. Acesso em: 12 de março de 2021.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. Atual. Carlos Henrique Abrão. 40ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª edição, 2015. Editora Malheiros, São Paulo.

NAKAMURA, Andrelly *et al.* **Responsabilidade nos contratos de terceirização no âmbito trabalhista**. Disponível:
<https://dandarafelicio.jusbrasil.com.br/artigos/337063857/responsabilidade-nos-contratos-de-terceirizacao-no-ambito-trabalhista>. Acesso: 23-07-2020.

PAUPÉRIO, A. Machado. **Teoria do Estado resumida**. Rio de Janeiro, ed. Freitas Bastos. 1ª edição, 1985.

PECES-BARBA, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoria General**. Ed. Madrid, 1995.

PEREIRA, Ricardo Macêdo de Brito. **Terceirização, CLT e Constituição**. Disponível: [Terceirização, CLT e a Constituição \(jusbrasil.com.br\)](#). Acesso em 21 de janeiro de 2021.

PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; ZAMBONINI, Leonardo Evangelista de Souza. **A reforma trabalhista e a desconsideração da personalidade jurídica**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, edição especial, nov. 2017.

PISTORI, GELSON LACERDA. **Aspectos históricos do direito e do trabalho: um breve olhar juristrabalhista sobre a idade média**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Ed. Martins Fontes, São Paulo. 1ª ed. 2000.

REALE, Miguel. Direito e Teoria do Estado. Disponível em [Vista do Direito e teoria do Estado \(usp.br\)](http://Vista do Direito e teoria do Estado (usp.br)). Acesso 15 de março de 2021.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. Editora Saraiva. 16ª ed. 1988.
REGIO DECRETO 16 marzo 1942-XX, n. 262. Approvazione del testo del Codice civile. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1942-04-04&atto.codiceRedazionale=042U0262&elenco30giorni=false. Acesso em: 15 de março de 2021.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (DISREGARD DOCTRINE)**. Revista dos Tribunais, Vol. 410, de 12 dezembro de 1969.

ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. Editora LTR, São Paulo, 2014.

SARMENTO, Daniel. **O Princípio Republicano nos 30 Anos da Constituição de 88: por uma República Inclusiva**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 296 - 318, Setembro - Dezembro. 2018. Disponível em [Revista Emerj vol. 20 nº 3 Gráfica.indd \(tjrj.jus.br\)](http://Revista Emerj vol. 20 nº 3 Gráfica.indd (tjrj.jus.br)). Acesso em 15 de março de 2021.

SARTO, V. H. R.; DE ALMEIDA, L. T. **A teoria dos custos de transação: uma análise a partir das críticas evolucionistas**. Revista Iniciativa Econômica, v. 2, n. 1, 2015.

SILVA, Paulo Rogério Bueno da; MOREIRA, Syrio Junior Cavagnoli; FRITZ, Karen Beltrame Becker. **Uma breve ideia de justiça do ordenamento social: um olhar sobre a importância da Análise Econômica do Direito**. Jurisdição constitucional, democracia e relações sociais: socioambientalismo e políticas públicas / organizadores Liton Lanes Pilau Sobrinho, Paulo Márcio Cruz, Fabiola WustZibetti - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2020. Livro eletrônico.

STOLZE, Gagliano Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil. Resp. Civil*. Ed. Saraiva, 10.ª ed. 2012.

WIKIPEDIA. Escotismo. Disponível: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Escotismo>. Acesso em; 15 de março de 2021.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. Editora Malheiros, São Paulo: 2014.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Terceirização na Administração Pública**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner

Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/5/edicao-1/terceirizacao-na-administracao-publica>. Acesso em 02 de setembro de 2020.