

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA
JEFFERSON GREY SANT'ANNA

**A TERCEIRIZAÇÃO NAS EMPRESAS ESTATAIS ANTES E DEPOIS DA LEI
13.429/2017, LIMITES E PERSPECTIVAS.**

CURITIBA
JUNHO/2017

JEFFERSON GREY SANT'ANNA

**A TERCEIRIZAÇÃO NAS EMPRESAS ESTATAIS ANTES E DEPOIS DA LEI
13.429/2017, LIMITES E PERSPECTIVAS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário UNICURITIBA como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Doutor Paulo Ricardo Opuszka

CURITIBA
JUNHO/2017

JEFFERSON GREY SANT'ANNA

**A TERCEIRIZAÇÃO NAS EMPRESAS ESTATAIS ANTES E DEPOIS DA LEI
13.429/2017, LIMITES E PERSPECTIVAS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário UNICURITIBA como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores Doutores:

Presidente:

Prof. Doutor Paulo Ricardo Opuszka
Orientador

Membros:

Prof. Doutor André Parmo Folloni

Prof. Doutor Daniel Ferreira

CURITIBA
JUNHO/2017

Sumário

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I. A REFORMA DO ESTADO DOS ANOS 90 – EFICIÊNCIA E LEGITIMIDADE.....	12
Seção 1. A Reforma sob a Análise de Luiz Carlos Bresser Pereira.....	13
Seção 2. O Princípio da Eficiência.....	23
Seção 3. A Eficiência e a Legitimidade do Estado	32
CAPÍTULO II. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESTATAL, DA INTERVENÇÃO À DESESTATIZAÇÃO.....	43
Seção 1. Um Recorte Sobre o Intervencionismo do Estado.	43
Seção 2. Considerações Sobre a Desestatização e as Empresas Estatais.....	49
Seção 3. As Empresas Estatais e Seus Objetivos.	59
CAPÍTULO III. TERCEIRIZAÇÃO NAS EMPRESAS ESTATAIS.....	64
Seção 1. Terceirização, Considerações Iniciais.....	65
Seção 2. A Diferenciação entre a Terceirização e as Concessões.....	71
Seção 3. O Ativismo Judicial do Tribunal Superior do Trabalho.....	76
Seção 4. Os Julgamentos da ADC n. 16/DF e do RE n. 760.931 pelo Supremo Tribunal Federal.....	83
Seção 5. Breve Comparativo entre a Súmula 331 e a Lei n. 13.429/2017.....	89
Seção 6. Considerações da Terceirização Do Ponto de Vista das Empresas Estatais.....	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	103

REFERÊNCIAS.....	107
------------------	-----

RESUMO

Considerando-se que a terceirização de mão de obra é uma ferramenta muito utilizada no Brasil. E que na Administração Pública direta e indireta, também se faz uso da subcontratação de mão de obra. Sendo esta uma realidade da qual o direito não se deve omitir de regular e absorver, não importa o quão controvertido seja; principalmente com um novo cenário legislativo. Diante desse cenário, a pesquisa visa alcançar as perspectivas da terceirização em um segmento específico das empresas estatais, no modelo atual legislativo (Lei 13.429/2017 que alterou a Lei 6.019/1974), bem como no momento precedente à luz da Súmula n. 331 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho. Assim, permeou-se a Reforma de Estado dos Anos 90, a fim de se tratar da descentralização e desestatização do Brasil, focando-se na adoção de novas formas de gestão, notoriamente o gerencialismo, segundo o qual se objetiva uma eficiência desse Estado. O trabalho cuidou de conceitos do princípio da eficiência, intervenção do Estado social, legitimidade, com o objetivo de se atingir empresas estatais e suas finalidades. Com esse foco, se seguiu às considerações acerca da terceirização, suas relações com as estatais através de arestos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal do Trabalho, bem como das legislações Lei 6.019/1974, Lei n. 13.303/2016 e 13.429/2017. Apontando-se problemas da terceirização nesse âmbito da Administração Pública e refletindo perspectivas e tentativas de soluções para alguns desses problemas a pesquisa contribui para esse constante debate do direito.

Palavras-chave: terceirização, empresas estatais, Lei n. 13.429/2017.

RESUMEN

Se considera que la tercerización de mano de obra es una herramienta muy utilizada en Brasil. Y que en la Administración Pública directa e indirecta, también se hace uso de la subcontratación de mano de obra. Siendo ésta una realidad de la que el derecho no se debe omitir de regular y absorber, no importa cuán controvertido sea; Principalmente con un nuevo escenario legislativo. En este contexto, la investigación busca alcanzar las perspectivas de la tercerización en un segmento específico de las empresas estatales, en el modelo actual legislativo (Ley 13.429 / 2017 que modificó la Ley 6.019 / 1974), así como en el momento precedente a la luz de la Súmula n. 331 editada por el Tribunal Superior del Trabajo. Así, se permeó la Reforma de Estado de los años 90, a fin de tratarse de la descentralización y desestatización de Brasil, enfocándose en la adopción de nuevas formas de gestión, notoriamente el gerencialismo, según el cual se objetiva una eficiencia de ese Estado. El trabajo cuidó de conceptos del principio de la eficiencia, intervención del Estado social, legitimidad, con el objetivo de alcanzar empresas estatales y sus finalidades. Con ese enfoque, se siguió a las consideraciones acerca de la tercerización, sus relaciones con las estatales a través de aristas del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal del Trabajo, así como de las legislaciones Ley 6.019 / 1974, Ley n. 13.303 / 2016 y 13.429 / 2017. Al señalar problemas de la tercerización en ese ámbito de la Administración Pública y reflejando perspectivas e intentos de soluciones para algunos de esos problemas, la investigación contribuye a ese constante debate del derecho.

Palabras clave: tercerización, empresas estatales, Ley n. 13.429 / 2017.

INTRODUÇÃO.

O instituto da terceirização nas empresas estatais como tema objeto da presente pesquisa visa problematizar a prestação de serviços no âmbito empresarial estatizado a fim de se buscar, - frise-se sem qualquer pretensão de solucionar os mais variados problemas apontados pelas inúmeras obras publicadas acerca do tema -, perspectivas para uma discussão há muito iniciada no Brasil, seja pela deturpação do instituto, seja pela anterior ausência de legislação regulatória.

Desse modo, a proposta não é apenas tecer críticas ao modelo de terceirização de mão de obra nacional, mas apontamentos convergentes à nova ordem legislativa, como ferramenta para integrar o modelo de terceirização atual às empresas estatais.

Assim, com o objetivo de análise das perspectivas e limites da terceirização de serviços de mão de obra nas organizações empresariais estatais, utilizando-se de alicerces teóricos de forma a se alcançar uma possível eficiência e sustentabilidade, verificando as responsabilidades e inserções de conteúdo jurídico e multidisciplinar, pertinentes a esta proposta, a qual se entende adequada à linha de pesquisa de Direito Empresarial e Cidadania.

A despeito das críticas, a adequação jurídica do tema proposto ao cenário atual não pode, simplesmente, ser rechaçada sob o argumento como o da precarização do trabalho terceirizado.

Esta modalidade de subcontratação de prestação de serviços de mão de obra está presente dentro do ordenamento jurídico desde os idos de 1970, quando então foi editada a Lei n. 6.019 de 1974, que regulamentou o trabalho temporário, incluindo três personagens, o Tomador, o Prestador (atualmente com duas novas figuras incluídas pela Lei 13.429/2017, a *empresa de trabalho temporário* e a *empresa prestadora de serviços*) e o Trabalhador Temporário.

E modernamente, após inúmeros anos de *regulação* por uma Súmula de n. 331, editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, foi sancionada em 31 de março do corrente ano, a Lei n. 13.429/2017 que regulamenta o Instituto da Terceirização.

Não se pode negar a existência um instituto (lícito) amplamente difundido e utilizado, inclusive dentro da própria Administração Pública, em todos os seus níveis hierárquicos e categorias mais distintas.

O dever dos operadores do direito e dos pesquisadores é o de não se omitir nas situações de controvérsia, bem como naquelas onde existem problemas a serem sanados, como é o caso da terceirização.

Cabe à Teoria do Direito, aos seus intérpretes e pesquisadores buscar soluções de adequação, regulação e aplicabilidade dos institutos existentes de modo que coadunem com o equilíbrio, a equidade, a liberdade, a equitatividade, a isonomia, a dignidade e tantos outros argumentos de busca à justiça, muitos deles transformados em princípios do próprio Direito.

O presente estudo visa, de forma não exaustiva, buscar as perspectivas de integração lícita e legitimamente da terceirização nas empresas estatais, tentando contribuir para solver eventuais problemas para aqueles tomadores de serviços na subcontratação de mão de obra nas empresas estatais.

A pesquisa será dividida em três tópicos. O Primeiro aponta como um marco histórico, a Reforma do Estado Brasileiro a se iniciar nos anos 90, a partir de um referencial inserido no Direito Econômico, a fim de se vincular a atividade do Estado na prestação de serviços públicos, bem como na exploração da atividade econômica e sua possibilidade de terceirização, inclusive de mão de obra. Este ramo do Direito, na visão de Luís S. Cabral de Moncada:

O Direito econômico assim perspectivado, afirma-se fundamentalmente como o direito público que tem por objectivo o estudo das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida econômica.

(...)

O direito econômico terá assim por objecto as regras jurídicas que disciplinam a intervenção do Estado na Economia.

(...)

O Direito Econômico passa a ser predominantemente direito público, não só pelas finalidades que prosseguem as normas que o corporizam mas também pelos instrumentos ou meios jurídicos que se concretizam, expressão *jus imperii* do Estado. Os meios jurídicos ao dispor das entidades públicas, privadas e mistas que a intervenção econômica do Estado tem por destinatárias, não são consequência da sua mera capacidade de direito privado.¹

A definição compilada vai ao encontro da pesquisa no sentido de se criar um elo entre o Estado, através de suas estatais e a terceirização destes serviços realizados pelas empresas deste Estado.

¹ MONCADA, Luís S. Cabral De. **Direito Econômico**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 15 e 16.

Com a descentralização dos serviços estatais, ante a crise da época, embasando-se na obra de Luis Carlos Bresser Pereira², o Primeiro Capítulo conta com mais Subseções, as quais remetem ao Princípio da Eficiência Estatal, bem como a Legitimidade do Estado Social Interventor.

O segundo Capítulo permeia algumas proposições acerca da intervenção do Estado na economia, bem como algumas análises pontuais atinentes à descentralização e desestatização, com foco na eficiência e no objetivo de se aproximar das empresas estatais e, posteriormente na terceirização como método contributivo para eficiência destas organizações da Administração Pública.

A um recorte exemplificativo da desestatização da telefonia tem por escopo a fundamentar a eficiência, em razão da desoneração do Estado e de alguns de seus serviços públicos, bem como ligar e conduzir a respectiva pesquisa para as empresas estatais, conceituando-as e dividindo-as em suas finalidades, inclusive quanto à exploração da atividade econômica e prestação de serviços públicos, as quais são tratadas no Capítulo II, bem como suas definições e conceitos.

Ainda neste Capítulo II, perfazem-se algumas considerações sobre a Lei das Estatais com o fim de posteriormente tratar da Terceirização nestas Organizações da Administração Pública Indireta.

No Terceiro Capítulo e último capítulo, o cerne da pesquisa é a terceirização numa época em que não havia a Lei n. 13.429 de 2017. O conteúdo do Capítulo remete aos problemas contingenciados pela Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que por anos tentou direcionar a regulação da terceirização, inclusive no tocante às relações com Estado, seja na Administração Pública direta ou indireta.

A análise da terceirização continua na observação do ativismo judicial do Tribunal Superior do Trabalho, responsável pela edição da Súmula 331, bem como do Supremo Tribunal Federal, no qual se analisam as decisões pertinentes à terceirização na Administração Pública (ADC n. 16 – DF e o RE n. 760.931).

Ainda neste capítulo, abordam-se as perspectivas da Nova Legislação face às empresas estatais, sendo realizado um breve comparativo entre a Nova Lei e a Súmula 331. Traça-se um corte sobre os problemas e responsabilidade empresarial, solidária e subsidiária criadas pela Súmula 331 à sua época, bem como propõe à luz

² BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle. **Lua Nova**, 1998, n.45, pp.49-95.

de pesquisas em revisão bibliográfica e artigos uma breve análise da Nova Lei da Terceirização, recentemente promulgada.

Dessa maneira, como uma das ferramentas para a desestatização e para descentralização dos serviços do Estado, a pesquisa propõe que a terceirização como método, pode contribuir para otimização e melhora desses serviços prestados, diminuindo custos, a fim de que as empresas estatais possam se desenvolver e atender aos seus objetivos sociais e de viés econômico.

CAPÍTULO I. A REFORMA DO ESTADO DOS ANOS 90 - EFICIÊNCIA E LEGITIMIDADE.

A pesquisa inicia para contextualizar o tema no interregno temporal da Reforma do Estado no Brasil, ocorrida nos anos noventa, mais precisamente de 1991 a 1998, sob o viés da Economia e do Direito Econômico.

Nos anos 90 houve uma desoneração da atividade empresarial do Estado brasileiro, notadamente com as cessões, concessões e permissões dessa respectiva atividade corporativa a particulares.

Ainda que a Reforma da Década de 90 não tenha sido a precursora da tentativa do Estado de se descentralizar, utiliza-se a referida reforma, em razão de suas maiores transformações que as iniciativas antecedentes de descentralização.³

Nessa perspectiva do Estado Brasileiro passar a *descentralizar* sua atividade econômica⁴ em diversos aspectos a terceiros, ou ainda, nas suas atividades específicas estatais e na exploração do mercado; entende-se pelo fito de se tornarem mais efetivos os direitos fundamentais da sociedade. Como salienta Daniel Sarmiento, sem a obrigatória necessidade de regulamentação destes direitos fundamentais, os quais são reflexos da estrutura jurídica da Constituição de 1988:

Uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento da sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante neste sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional.⁵

³ Em 1979 o Decreto 83.740 adota e estabelece, a partir de 1981, que o Programa Nacional de Desburocratização definirá restrição na criação de entidades paraestatais, bem como indica as primeiras diretrizes para o repasse de empresas estatais ao setor privado. (GROTTI, Dinora Adelaide Musetti, **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1998**, Malheiros Editores, São Paulo, 2003, p 149.)

⁴ Conforme Luiz Carlos Bresser Pereira: “As empresas estatais, que inicialmente se revelaram um poderoso mecanismo de realização de poupança forçada, na medida em que realizavam lucros monopolistas e os investiam, foram aos poucos vendo esse papel se esgotar, ao mesmo tempo que sua operação se demonstrava ineficiente ao adotar os padrões burocráticos de Administração”. (BRESSER PEREIRA. A Reforma do Estado... p.55).

⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 154-155.

Os direitos fundamentais teriam uma maior preocupação do Estado em um ambiente desburocratizado, despoluído de práticas totalitárias e demasiadamente interventivas⁶, desonerando-se este Estado de funções que poderiam muito bem ser realizadas por particulares, gerando inclusive receita fiscal e empregabilidade.

Seção 1. A Reforma Estatal sob a Análise de Luiz Carlos Bresser-Pereira.

Utilizar-se-á como referencial histórico desta seção, a obra do autor referido, a qual traz um panorama econômico e administrativo do contexto reformista brasileiro e mundial. Isso em razão da Grande Crise Econômica Dos Anos 80⁷ nos países desenvolvidos e também na América Latina. O escopo é o de iniciar os estudos para a compreensão da descentralização do Estado e o posterior ingresso na terceirização das empresas estatais.

A crise do Estado de bem estar social, também denominado o Estado Social keynesiano⁸ foi ocasionado por dois fatores preponderantes apontados por Bresser Pereira. O primeiro diz respeito à crise fiscal do Estado, assim como uma crise burocratizada desse Estado Social e interventor.⁹

Com a crise deflagrada pelo Liberalismo, justamente, em razão do não funcionamento de um mercado autorregulado, veio a resposta desse Estado de bem-estar social, no qual se implantava uma intervenção na produção, na empregabilidade, enfim, na economia e no aspecto social.

Todavia, esse modelo de ascensão pós-segunda guerra com grandes empresas e grandes organizações públicas (Grande Estado) teve seu declínio nos

⁶ No contraponto “Direitos Fundamentais sem Fundamentalismo” da obra citada de Sarmento, há uma ressalva quanto à hipertrofia constitucional a qual acabaria convertendo a Constituição em um instrumento totalitário que asfixia as forças sociais. Enfatiza o referido Autor que o legislador brasileiro agiu com excesso, o que acabou por criar uma distância entre a realidade social e os limites existentes para a eficácia dos direitos fundamentais. (SARMENTO. Direitos Fundamentais... p. 170-171)

⁷ BRESSER PEREIRA. A Reforma do Estado... p. 51.

⁸ Sobre o bem estar social e a teoria de Keynes: “A base teórica do Estado pós-guerra nos países desenvolvidos foi formulada pelo economista Britânico John Maynard Keynes, que em 1936 publicou a teoria do emprego, do juro e da moeda. A sua proposta fundamental defendia o estímulo da demanda, o aumento da produção, da renda e do emprego, através da intervenção do Estado. Este deveria corrigir os defeitos do mercado, objetivando um capitalismo eficiente. [...] a doutrina keynesiana, ao defender o papel regulador do estado na economia e nas relações sociais, acabou sendo a sustentação explicativa do Estado de bem-estar social”.(PADRÓS, Enrique Serra. **Capitalismo, Prosperidade e Bem-Estar Social: Século XX - O Tempo das Crises, Revoluções, fascismos e guerras.** vol. 2. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. p. 237)

⁹ BRESSER PEREIRA. A Reforma do Estado... p. 51.

anos 80, em virtude do esgotamento do intervencionismo fomentador nos países desenvolvidos e protecionista/desenvolvimentista¹⁰ nos países em desenvolvimento.

Esse Estado intervencionista, - com o decorrer dos anos -, passou de parceiro do desenvolvimento, das empresas estatais e fomentador da economia, ao papel de entrave do desenvolvimento (ante a disparidade para com a iniciativa privada).

As distorções do método interventor e burocrático geraram a perda do crédito público, concomitantemente com a perda da capacidade de poupança pública¹¹ que se viu diminuta ou totalmente escassa, imobilizando investimentos estatais.¹²

O Estado inflado intervindo com grande aparato de funcionários públicos para atender o bem social da população, assim como as grandes empresas públicas cuja gestão não se coadunava com as atualizações do mercado, bem como a competitividade daquele, sendo certo que mais onerosas¹³ e administradas com maior controle e fiscalização, contribuíram em certa medida para gerar a crise fiscal referida supra.

No entanto, quanto à burocratização¹⁴ e a tentativa na reforma de tentar se afastar do modelo de um funcionalismo público inchado, o que se realizou na reforma foi um incremento e um aperfeiçoamento nas carreiras e nas estruturas

¹⁰ BRESSER PEREIRA. Op. cit. p. 52.

¹¹ “O conceito de poupança em conta corrente do governo consiste na retirada dos investimentos públicos do cálculo do superávit primário. Em virtude de não penalizar a elevação do estoque de capital, um dos determinantes do crescimento econômico, o conceito de poupança em conta corrente do governo mostra-se economicamente mais adequado do que o superávit primário. De maneira precisa, conceitua-se poupança em conta corrente do governo da seguinte forma: total de tributos subtraídos dos gastos correntes (custeio, transferências correntes/capital e inversões financeiras). Esse conceito difere do resultado primário tão somente porque exclui o investimento público líquido de seu cálculo”. (SILVA, Alexandre Manoel Angelo da; PIRES, Manoel Carlos de Castro. Dívida pública, poupança em conta corrente do governo e superávit primário: uma análise de sustentabilidade. **Revista de Economia Política**, vol. 28, n. 4, pp. 612-630, out/dez 2008. p. 614).

¹² BRESSER PEREIRA. A Reforma do Estado... p. 53-54.

¹³ Embora o alicerce do embasamento seja a obra de Bresser Pereira, cabe uma ressalva de que não se pode generalizar, devendo existir exemplos de administrações estatais exemplares. Contudo, em razão de algumas situações do empresariado estatal, exemplificando a estabilidade no funcionalismo público, burocrático, muitas vezes sem metas e sem competitividade, acarretam em resultados diminutos pela falta de comprometimento, além de produções obsoletas que não acompanhariam a celeridade do mercado e da iniciativa privada. Um exemplo simplista é a terceirização dos serviços em autarquias e na Administração Pública direta. Não se faz mais concursos públicos para ascensoristas, zeladores, seguranças, dentre outras profissões, com o claro objetivo de se cortar custos e despesas com pessoal.

¹⁴ O termo burocratização, burocracia utilizado nesse capítulo tem uma conotação que não se aproxima dos preceitos definidos por Max Weber. O sentido do vocábulo é relacionado com os aspectos e consequências negativas de um excesso brasileiro na burocracia proposta por Weber, tais como um superaparelhamento do Estado, tornando-o oneroso e ineficiente.

ocupadas por servidores e na própria Administração Pública, conforme Fernando Luiz Abrucio:

Houve uma grande reorganização administrativa no Governo Federal, com destaque para a melhoria substancial das informações da Administração Pública – antes desorganizadas e inexistentes’ e para o fortalecimento das carreiras do estado.

(...)

Em suma, o ideal meritocrático contido no chamado modelo weberiano não foi abandonado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado, ao contrário foi aperfeiçoado.¹⁵

O intuito era implementar novas diretrizes e orientações como o modelo gerencial¹⁶ que se visualizar-se-á a seguir.

Observa-se que, no tocante a razão da crise dos anos 80, o segundo fator preponderante apontado por Bresser Pereira foi uma globalização na qual se diminuiu a autonomia, assim como a própria soberania dos Estados em relação ao mercado internacional. Uma vez que este mercado internacional é extremamente competitivo e dinâmico, favoreceu os Estados mais bem preparados tecnológica e logisticamente, concentrando-se a renda naqueles países, gerando desigualdade. Os estados teriam de diminuir os custos de produção, bem como garantir ou manter a qualidade de vida de seus cidadãos.¹⁷

A resposta que prevaleceu foi no sentido de se aquiescer que a crise iniciada nos anos 80 era de o Estado impor ajustes fiscais, políticas monetárias apertadas, taxas de juros positivas e câmbios realistas, a fim de que o Estado tenha um papel menos intervencionista no mercado, sem, contudo deixar de regulá-lo. A reforma do Estado tornara-se lema nos anos 90, inclusive com prioridade de financiamento no Fundo Monetário Internacional e no Banco Interamericano de Desenvolvimento.¹⁸

¹⁵ ABRUCIO, Fernando Luiz. Desafios Contemporâneos para a Reforma da Administração Pública Brasileira. In: PETERS, Guy; PIERRE, Jon. (Org.). **Administração Pública**. São Paulo: Unesp, 2010. p.540. Sobre o *modelo weberiano* referido pelo autor citado, vale a transcrição de Max Weber “Sobretudo, porém, a burocratização oferece o ótimo de possibilidade para realizar o princípio da repartição do trabalho administrativo segundo aspectos puramente objetivos, distribuindo-se as tarefas especiais entre funcionários especializados, e que cada vez mais se aprimoram na prática contínua. A resolução "objetiva" significa, neste caso, em primeiro lugar, a resolução sem considerações pessoais, segundo *regras calculáveis*. Mas "sem considerações pessoais" é também o lema do "mercado" e de toda perseguição de interesses puramente econômicos, em geral.” (WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. vol. 2. São Paulo: Editora UnB, 2004. p. 213.)

¹⁶ Através de uma administração movida por resultados. Id. p. 540.

¹⁷ PEREIRA. A Reforma do Estado... p. 56.

¹⁸ Ibid. p. 57-58.

O modelo reformista para um denominado Estado Social Liberal na visão Bob Jessop¹⁹, citado por Bresser Pereira se assemelha ao *Workfare State* de Schumpeter, no qual se promoverá “inovação em economias abertas e subordinará a política social às necessidades da flexibilização dos mercados e das exigências de competição internacional”.²⁰

Acerca das inovações, Schumpeter:

Acabamos de ver que, como realidade inegável ou simples ameaça, o impacto das inovações — novas técnicas, por exemplo — sobre a estrutura de uma indústria reduz consideravelmente o efeito a longo prazo e a importância de práticas que visam, através da restrição da produção, à conservação de posições tradicionais e à exploração ao máximo dos lucros que nelas se baseiam. Devemos admitir ainda que práticas restritivas desse tipo, enquanto conservarem a eficácia, adquirem uma nova significação na tempestade eterna da destruição criadora, uma significação que não teriam num estado estacionário ou numa fase de crescimento lento e equilibrado. Em ambos os casos, a estratégia da restrição produziria apenas um aumento dos lucros às custas dos compradores, exceto nos casos de

¹⁹ A referência à Bob Jessop no texto de Bresser Pereira é de 1994, no entanto, no sítio oficial de Bob Jessop, há interessante ponderação atual sobre o tema, datado de 2014: “*O Estado Schumpeteriano Workfare* A primeira *reivindicação*, de que há uma mudança tendencial do Estado Keneynsiano Welfare para o Estado Shumpeteriano Workfare em curso, repousa sobre as duas noções amplamente aceitas: que o Estado Keneynsiano Welfare foi um suporte estrutural chave do *boom* de pós-guerra longo; E que desde então entrou em crise junto com seu regime de acumulação associado. Em termos abstratos, os objetivos distintivos do Estado Keneynsiano Welfare em relação à reprodução econômica e social foram: promover o pleno emprego em uma economia nacional relativamente fechada, principalmente através da gestão da demanda; E generalizar normas de consumo de massa por meio de direitos sociais e novas formas de consumo coletivo. As formas concretas do Estado Keneynsiano Welfare e as modalidades específicas em que tais objetivos foram prosseguidos variavam naturalmente de caso para caso. No entanto, à medida que a crise do Estado Keneynsiano Welfare se desdobrava e os esforços para restaurar as condições para o crescimento pós-guerra através da austeridade econômica e da retração social fracassaram, a ênfase mudou para tentativas de reestruturar e reorientar o estado à luz de percepções significativamente alteradas das condições para o desenvolvimento econômico expansão. O que está emergindo, hesitante e desigualmente, a partir dessas tentativas é um novo regime que poderia ser chamado, embora de forma inelegível, o Estado Schumpeteriano Workfare. Seus objetivos econômicos e sociais distintos podem ser resumidos em termos abstratos como: a promoção do produto, processo, organização e inovação de mercado; O reforço da competitividade estrutural das economias abertas, principalmente através da intervenção da oferta; E a subordinação da política social às exigências da flexibilidade do mercado de trabalho e da competitividade estrutural. Embora as características distintivas do Estado Shumpeteriano Workfare surjam mais claramente em contraste com o Estado Keneynsiano Welfare, é importante notar que o aparecimento do Estado Shumpeteriano Workfare não depende da presença de qualquer Estado Keneynsiano Welfare mais ou menos propenso a crises. Embora esse desenvolvimento possa ser típico em casos europeus, por exemplo, existem importantes exemplos do Leste Asiático que não se encaixam nesse padrão. Na verdade, estes últimos exemplos são frequentemente tomados hoje em dia como modelos de resolução de crises no Ocidente.” (JESSOP, Bob. **Towards a Schumpeterian Workfare State?** Preliminary Remarks on Post-Fordist Political Economy. Disponível em: <<https://bobjessop.org/2014/05/06/towards-a-schumpeterian-workfare-state-preliminary-remarks-on-post-fordist-political-economy/>>. Acesso em: fev. 2017. Tradução livre.)

²⁰ BRESSER PEREIRA. A Reforma do Estado... p. 60.

progresso equilibrado, em que poderia ser ainda o meio mais fácil e eficiente de acumular meios para financiar novos investimentos.²¹

Ainda sobre Joseph Schumpeter, importante destacar trecho da obra de Mariana Mazzucato, *El Estado Emprendedor*, no qual traz que os economistas inspirados no trabalho do economista austro-húngaro²² entendem que o governo deve incrementar áreas específicas de inovação.²³

Bresser definiu em quatro pontos básicos a reforma gerencial do Estado brasileiro, a saber:

- (a) a delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoal através de programas de privatização, terceirização e publicização. (este último processo implicando na transferência para o setor público não-estatal das serviços sociais e científicos que hoje o Estado presta);
- (b) a redução do grau de interferência do Estado ao efetivamente necessário através de programas de desregulação que aumentem o recurso aos mecanismos de controle via mercado, transformando o Estado em um promotor da capacidade de competição do país a nível internacional ao invés de protetor da economia nacional contra a competição internacional;
- (c) o aumento da governança do Estado, ou seja, da sua capacidade de tornar efetivas as decisões do governo, através do ajuste fiscal, que devolve autonomia financeira ao Estado, da reforma administrativa rumo a uma Administração pública gerencial (ao invés de burocrática), e a separação, dentro do Estado, ao nível das atividades exclusivas de Estado, entre a formulação de políticas públicas e a sua execução; e, finalmente,
- (d) o aumento da governabilidade, ou seja, do poder do governo, graças à existência de instituições políticas que garantam uma melhor intermediação de interesses e tornem mais legítimos e democráticos os governos, aperfeiçoando a democracia representativa e abrindo espaço para o controle social ou democracia direta.²⁴

Nesse ponto da análise da obra de Bresser Pereira, a qual foi proposta inicialmente, chega-se na questão da descentralização e terceirização²⁵.

²¹ SCHUMPETER, A. Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961. p. 144.

²² Joseph Alois Schumpeter nasceu em 1853, em Triesch, Morávia, atual Trest, República Checa. Cf. Disponível em: <www.schumpeter.org>. Acesso em: jan. 2017.

²³ MAZZUCATO, Mariana. **El Estado Emprendedor**. 1 ed. Buenos Aires: RBA, 2013. p. 73.

²⁴ BRESSER PEREIRA. Op. cit. p. 60.

²⁵ No mesmo sentido Peter Drucker ressalta: “A tentativa de satisfazer todas essas necessidades por intermédio do Estado Ama-Seca em grande parte fracassou ao menos como tentativa de fazer o governo dirigir e gerenciar esses serviços. Portanto, a primeira conclusão a ser tirada da experiência do Estado Ama-Seca é que o governo deve deixar de ser um executor e gerente na esfera social e limitar-se a definir a política. Isso significa que na esfera social, como na econômica, existe a necessidade de terceirizar. Assim como esta o reestruturando as empresas terceirizando os trabalhos de apoio, administrativos e de manutenção, também o governo precisa terceirizar o setor social”. (DRUCKER, Peter. **Sociedade pós-capitalista**. Tradução de Nivaldo Montigelli. 4 ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1999. p. 160). “O Estado Ama-Seca é o estado que sustenta, provedor de tudo” (ibid. p.111-112).

A reforma do Estado Brasileiro na década de noventa teve como motivação as situações fáticas políticas elencadas nesse capítulo, no qual se faz uma breve análise da obra do economista e ex-ministro, sendo que tal reforma teve impacto significativo nas corporações empresariais em todos os níveis e espectros negociais, sendo um deles, o especial enfoque desta pesquisa, a terceirização das empresas públicas, a qual se analisará antes e depois da nova Lei n. 13.429/2017.

Os quatro apontamentos referidos supra, denotam os objetivos para a tentativa da solução da crise originária da década antecessora, qual seja a reforma estatal dos anos 90.

Contudo, e como era esperado, não houve concordância plena e geral com o modelo proposto, sendo que alguns setores representativos da esquerda brasileira foram contra, principalmente na época da implementação da Reforma Gerencial no Brasil, em 1995, quando então foi lançado o Plano Diretor da Reforma do Estado²⁶, pelo Ex-Ministro Luis Carlos Bresser Pereira.

A reforma gerencial dos anos 90, por óbvio, não acarretou somente benesses, não lhe cabendo a perfectibilidade, conforme preceitua Irene Nohara:

Restou evidenciado, neste caso, que as forças centrífugas descentralizantes acabaram gerando complexidade aos objetivos de coordenação do controle das políticas de fomento. Também houve um tom excessivamente otimista quanto ao movimento de publicização, dadas as falhas estruturais que não permitiram, sem grandes ônus sociais, um pretenso desligamento do Estado de encargos prestacionais.²⁷

Embora necessária, a Reforma não escapou das imperfeições, continuando a referência da autora supra, haveria distorções nos objetivos constitucionais de desenvolvimento econômico eficiente. Segundo a autora, eficiência não poderia ser mensurada pelo sucesso em razão da simples satisfação pelo serviço público do usuário individualizado, devendo-se também se observar o coletivo, o social; embora

²⁶ Cf. BAGATTOLLI, Carolina. **Reforma de Estado**: críticas ao modelo gerencial. Disponível em: <<http://www.cgca.com.br/userfiles/file/Cr%C3%ADtica%20%C3%A0%20Reforma%20gerencial%20do%20Estado%2030out09%20Carolina.pdf>>. Acesso em: jan. 2017. No artigo a autora informa que a contrariedade da reforma teve base a grande transformação social pelo que passava o e Estado Brasileiro. Nesse ponto há que se concordar com a autora, vez que a Constituição promulgada no fim da década de 1980, teve como princípios e garantias basilares direitos sociais, exemplificando a função social da propriedade, saúde, educação, dentre outros; tendo o estado brasileiro a função de servente da sociedade.

²⁷ NOHARA, Irene, **Reforma Administrativa e Burocrática**: Impacto da Eficiência no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012, p. 226.

pregada pelo gerencialismo, a autonomia de recursos materiais e financeiros não é própria do gestor público, o qual está sujeito a controles e fiscalização; a flexibilização dos controles poderia representar um potencial retrocesso de direitos subjetivos já conquistados no âmbito da Administração Pública.²⁸

Observa-se, também, que a estrutura política da época não favoreceu a reforma do Estado, sendo certo que a herança estrutural, política e financeira do Governo Collor teve sua parcela de repercussão negativa na reforma do Estado.

Fernando Luiz Abrucio cita *dois erros de diagnóstico* da reforma, sendo um deles (o que interessa à pesquisa)²⁹ a restrição nas carreiras de Estado, particularmente da União para que essas carreiras tivessem o condão de reguladoras, indutoras e avaliadoras de atividades essenciais no plano das relações *intragovernamentais*.

Exemplificativamente, a função de defesa da agropecuária e a proteção ambiental ficaram fora do projeto da Reforma, sendo que a União tem um papel importante como propulsor de um dos pilares da economia, bem como deve proteger o meio ambiente do ponto de vista estratégico. Até porque os Estados e Municípios não tem capacidade de agirem por própria conta.³⁰

Na visão do referido autor, a Reforma acerta na possibilidade de que funções não afetas ao núcleo estatal poderiam ser realizadas por colaboradores terceirizados, ou, ainda determinadas funções do Estado poderiam ser repassadas para a iniciativa privada.³¹

A despeito da evolução imperfeita da Reforma Gerencial dos anos 90, não se pode olvidar que a descentralização provocou inúmeras modificações na estrutura organizacional do Estado, bem como alterou as relações entre a administração e particulares.

Nessa linha, segue-se a análise da reforma sob a perspectiva histórica de Bresser, com o fim de abordar o instituto da terceirização nas empresas estatais.

²⁸ Id. p. 226-227.

²⁹ O segundo erro de diagnóstico foi o de se estabelecer uma oposição entre a administração burocrática e as novas formas de gestão, notadamente o gerencialismo baseado no resultado. A oposição é contraproducente, dado a geração de atritos entre os modelos de gestão anteriores e posteriores inseridos pela Reforma. (ABRUCIO. Desafios Contemporâneos... p. 543.)

³⁰ ABRUCIO, Fernando Luiz. Desafios Contemporâneos... p. 542).

³¹ Id. p. 543.

Conforme a delimitação temática proposta, pinça-se do quarteto de solução bresseriano³², dois dos seus apontamentos, os quais se entendem importantes para o desenvolvimento do presente trabalho, quais sejam a delimitação de área de atuação do Estado e a desregulamentação ou redução da interferência estatal em determinadas áreas.

No alicerce da delimitação estatal em sua área de atuação, encontra-se dentre a publicização, privatização e a terceirização (esta, que muito embora tenha se dado como medida de desoneração na esfera pública tem correlação com o instituto jurídico que se pretende tratar nesta pesquisa), a qual teve impacto direto e indireto na reestruturação, continuidade e renascimento do empresariado brasileiro.³³

Para Bresser Pereira, a “publicização” não tornaria uma empresa estatal em uma instituição privada, mas em uma organização empresarial pública, não estatizada. Já a privatização, popularizada na década de 1990, seria o procedimento de transformar uma organização totalmente controlada pelo Estado em uma empresa exclusivamente particular. E, por fim, a terceirização se dá com a transferência para o setor privatista dos serviços auxiliares, ou de apoio³⁴, convergindo, portanto, com o tema jurídico proposto nessa pesquisa.

³² Vide páginas 11 e 12 deste trabalho, na qual se compilam as alíneas “a”, “b”, “c” e “d” da Obra de Bresser Pereira.

³³ Segundo Emerson Gabardo, “O objetivo central do núcleo estratégico era o gerenciamento da desburocratização, mediante a promoção e supervisão do processo de modernização; o das atividades exclusivas é substituir a administração burocrática pela gerencial, através da adoção de controles *a posteriori* (serviços públicos como telecomunicações, energia e transporte); a finalidade principal atribuída aos serviços não-exclusivos do estado é sua “publicização” (desestatização como parcial manutenção do financiamento público escolas, hospitais, centros de pesquisa, creches, museus)”. De acordo com a referência, conclui-se que houve uma grande alteração no cenário empresarial, mediante o vultoso repasse dos serviços prestados pelo Estado aos particulares por intermédio das concessões, permissões, criando-se novas corporações privadas que substituíram as Estatais; sendo que estas por seu turno motivaram o surgimento de outras organizações empresariais periféricas, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social, através da produção, comércio, geração de empregos e tributos, além de desonerar o Estado. GABARDO, **Interesse Público e Subsidiariedade...** p. 112.

³⁴ BRESSER PEREIRA. A Reforma do Estado... p. 61. Na visão de Drucker: “Há uma razão adicional para terceirizar as tarefas sociais: a necessidade de elevar a produtividade do trabalho nos serviços. O governo é o maior empregador de trabalhadores em serviços, mas seus funcionários são menos produtivos. E enquanto eles forem funcionários públicos, sua produtividade não poderá subir. Uma repartição pública age necessariamente com uma burocracia. Ela precisa subordinar a produtividade a regras e regulamentos”. (DRUCKER. **Sociedade...** p.160). Embora se discorde do ponto de vista generalista de Drucker acerca dos servidores públicos, há de se refletir acerca da burocracia envolvida e enraizada do Estado, conforme o próprio Bresser atesta em sua obra, ora em análise.

Na delimitação da área do Estado é que se pode perceber, empiricamente e visualmente, a reforma gerencial dos anos noventa.³⁵ Observou-se na época o desaparecimento do Estado de grandes empresas, tais como a primeira a ser privatizada, a Rede Ferroviária Federal S. A., a RFFSA.³⁶

Além da questão da privatização exemplificada, a desoneração do Estado se fez presente em outros setores empresariais e organizacionais como foi o caso dos serviços de telefonia, principalmente o da tecnologia móvel diante dos serviços de telefonia estatal não conseguirem atender as crescentes expectativas da população.

Diante da crise que deflagrou a reforma gerencial, observou-se que ao Estado não é própria a racionalidade da iniciativa privada para administrar empresas, devido a inúmeros fatores, tais como a própria burocracia, além dos controles e fiscalizações que acarretam morosidade na tomada de decisões, contratações e investimentos.

Exemplificativamente, se aponta o valor de mercado das empresas, antes estatais e, posteriormente, passadas à administração particular, o qual cresceu tanto em tamanho, bem como se transformou em atrativa opção de investimento para futuros acionistas em mercado de balcão³⁷.

³⁵ BAGATTOLLI. **Reforma de Estado...**

³⁶ “A Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima – RFFSA – era uma sociedade de economia mista (organização de Administração Pública indireta, na qual sua natureza jurídica é privada, contudo há capital público), vinculada funcionalmente ao Ministério dos Transportes. A RFFSA foi criada mediante autorização da Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957, pela consolidação de 18 ferrovias regionais, com o objetivo principal de promover e gerir os interesses da União no setor de transportes ferroviários, atendendo diretamente a 19 unidades da Federação, em quatro das cinco grandes regiões do País, operando uma malha que, em 1996, compreendia cerca de 22 mil quilômetros de linhas (73% do total nacional). Em 1992, a RFFSA foi incluída no Programa Nacional de Desestatização, ensejando estudos, promovidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, que recomendaram a transferência para o setor privado dos serviços de transporte ferroviário de carga. Essa transferência foi efetivada no período 1996/1998, de acordo com o modelo que estabeleceu a segmentação do sistema ferroviário em seis malhas regionais, sua concessão pela União por 30 anos, mediante licitação, e o arrendamento, por igual prazo, dos ativos operacionais da RFFSA aos novos concessionários. Em 1998, houve a incorporação da Ferrovia Paulista S.A. - FEPASA à RFFSA, ao que se seguiu, em dezembro desse ano, a privatização daquela malha”. (Cf. BRASIL. Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima. **Histórico**. Disponível em: < <http://www.rffsa.gov.br/principal/historico.htm>>. Acesso em: jan. 2017.)

³⁷ Nesse sentido, dados do periódico Revista Exame, publicado de 18/02/2011, a saber: “A primeira coisa que salta aos olhos é a fantástica recuperação que elas tiveram assim que saíram das mãos do Estado. Os números impressionam. Verifica-se um crescimento expressivo nos indicadores de saúde financeira a partir do momento em que os gestores se libertaram da ingerência política inerente a uma estatal e puderam tocar as empresas segundo a lógica da economia de mercado. No caso da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), por exemplo, o faturamento pulou de 1,5 bilhão de reais em 1994 para mais de 12 bilhões no ano passado. Movimento semelhante observa-se nos dados da Usiminas, cujo faturamento foi multiplicado por 5 desde 1991. O lucro das empresas privatizadas também subiu de maneira assombrosa. No caso da Vale do Rio Doce, uma das maiores empresas mineradoras do mundo, o lucro saltou de 325 milhões de dólares em 1997 para 1,5 bilhão em 2003. A

Além de uma administração particular tender a ser mais eficiente (exemplificativamente através dos números de faturamento e valor de mercado), das empresas privatizadas após a desestatização, outra razão, um tanto generalista, mas com respaldo doutrinário já apontado conforme nota supra (Nota de rodapé n. 36) seria a de que o funcionalismo da empresa estatal, uma vez estável, seria menos produtivo.³⁸

Para por em prática as funções estatais essenciais, faz-se necessário que toda a Administração Pública conte com o apoio de uma série de atividades ou serviços auxiliares: limpeza, vigilância, transporte, coperagem, serviços técnicos de informática e processamento de dados, etc. De acordo com os preceitos da reforma, tais serviços devem em princípio ser terceirizados, ou seja, devem ser submetidos a licitação pública e contratados com terceiros.³⁹

A visão reformista de desoneração e desestatização, as quais do autor ora analisado corrobora-se pelos exemplos citados supra, bem como com a implementação da terceirização de inúmeros serviços, inclusive de mão de obra.

A descentralização que se propalou na reforma dos anos 1990, fortaleceu a preferência e tomou corpo das organizações, de modo que a partir deste marco histórico econômico é que se parte da análise do instituto.

Todavia, antes de se adentrar nas questões específicas atinentes à terceirização⁴⁰ nas empresas estatais, faz-se necessário um recorte analítico da eficiência estatal no tocante aos serviços prestados, buscando-se uma reflexão se os serviços explorados e posteriormente terceirizados, além dos serviços terceirizados dentro do ambiente essencialmente privado, num segundo momento.

Assim, a fim de tomar como reflexão essa base da eficiência estatal passa-se ao tema do princípio da eficiência da Administração Pública.

Embraer é outro exemplo fantástico de recuperação na lucratividade. A empresa amargou um prejuízo de 321 milhões de reais em 1994. No ano passado, o lucro foi de quase 600 milhões." (Cf. LAHÓZ, André. Antes e depois da venda: Os números mostram que o Brasil saiu fortalecido do processo de desestatização. **Revista Exame**. São Paulo. 18 fev. 2011. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/antes-e-depois-da-venda-m0051381/>>. Acesso em: 25 jan. 2017.)

³⁸ DRUCKER. **Sociedade**... p.160.

³⁹ BRESSER PEREIRA. A Reforma do Estado... p. 64.

⁴⁰ Inicialmente, pode-se conceituá-la no como o processo de descentralização das atividades da empresa e valorização do setor terciário da economia. (CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do Trabalho**. Tomo I e II. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 412).

Seção 2. O Princípio da Eficiência.

A escolha da pesquisa se dá em razão da investigação acerca da eficiência estatal *versus* a eficiência privada no tocante à prestação de serviços, com o fito de perquirir o tema da terceirização sob o enfoque das empresas do Estado.

Assim, tomando-se a sequência deste estudo donde a Administração Pública vem se desonerando desde 1990, para se chegar até as perspectivas da nova Lei da terceirização nas empresas estatais, é imperioso destacar o conteúdo do princípio da eficiência.

Dentre os métodos de delimitação estatal, apontados no capítulo antecedente com a base na obra de Bresser Pereira, a terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública é e foi medida necessária para uma mudança de paradigma, sempre buscando uma melhora, uma otimização, uma eficiência do Estado para o bem comum de seus cidadãos.

Desse modo, caminha-se em uma ponte entre o direito econômico para o direito administrativo, investigando-se o princípio da eficiência, inserido na reforma, como bases formadoras do presente estudo a fim de se propor os problemas e perspectivas da terceirização nas estatais.

Nessa linha de pensamento, é pertinente e necessária uma alusão ao princípio da eficiência da Administração Pública a fim de complementar e fundamentar a presente pesquisa.

O significado da palavra *eficiência* é explorado com diferentes objetos, fins e métodos, enfatizando-se a complexidade, a abrangência e a mutabilidade do sentido da palavra *eficiência* dentro de um ambiente científico.⁴¹

Para Egon Bockmann Moreira, o princípio da eficiência sequer deveria ser inserido como um princípio constitucional. Haveria uma disparidade entre os preceitos de ordem econômica (lucro, riqueza) e a Administração Pública. Desse modo, o princípio da eficiência deverá ter o condão de um verdadeiro controle estatal, afastando-se dos seus conceitos econômico e administrativo e aproximando-se de uma construção exclusivamente jurídica. Conquanto, seria eficiente a atividade da Administração em consonância com a lei e sua finalidade⁴².

⁴¹ GABARDO. **Princípio constitucional...** p. 23-24.

⁴² MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999.** 2ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2000, p. 325-326.

O controle da eficiência não parte de norma genérica ou abstrata de conduta, desprovida de mandamento legal. Ao contrário, exige configuração precisa e minuciosa, mediante pautas de comportamento predefinidas – que estabeleçam normativamente o alcance de específicos resultados, a utilização de recursos certos e as consequências jurídicas daí derivadas. Caso contrário, inexistirá a “relação” definidora da eficiência.⁴³

No âmbito da significação da expressão eficiência, apontam-se as relações entre eficiência e eficácia e efetividade, onde eficácia seria a “potencialidade da concreção dos fins preestabelecidos em lei, bem como diz respeito à situação atual de disponibilidade para a produção de efeitos típicos”.⁴⁴

Sobre o princípio da eficácia, Marçal Justen Filho exalta que a Administração Pública tem o *primeiro dever* não cometer desperdícios ou falhas. Alerta-se, também, o para não se *eleger o lucro e a rentabilidade econômica* como princípio fundamental, dado a distinção de valores atribuídos à eficácia econômica e a aplicável à Administração Pública.⁴⁵

Outro método utilizado para definição da eficiência é sua racionalização, a utilização do método racional⁴⁶ com um objetivo primário de se eliminar a maior quantidade de erro possível, para uma maior eficiência.⁴⁷

⁴³ Id. p. 326.

⁴⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo e princípio da eficiência. In: SUNDEFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Org.). **As leis de processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000 apud GABARDO. Op. cit. p. 24.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 182. O autor afirma que “Quando se afirma que a atividade estatal é norteadada pela eficiência, não se impõe a subordinação da atividade administrativa à pura e exclusiva racionalidade econômica, norteadada pela busca do lucro e da acumulação da riqueza.” Daí a apresentação do autor ao princípio da eficácia, enfatizando que parte da doutrina prefere a expressão *princípio da eficácia* “para reduzir o risco de transposição indevida dos conceitos econômicos para dimensão estatal” (Id. p. 182)

⁴⁶ Para Marcelo Pereira de Mello, no artigo Sociologias do Direito, o historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica, trás a concepção de do racionalismo de Max Webber, a saber: “De uma maneira geral, as interpretações predominantes subentendem o processo de racionalização como um processo de desenvolvimento da razão. É preciso de pronto dizer que a racionalização em Weber é apenas uma fração do processo mais amplo de intelectualização: “O progresso científico é uma fração, a mais importante, do processo de intelectualização que estamos sofrendo há milhares de anos [...] [...] “Racionalizar” em Weber significa entender de maneira abstrata um fenômeno, reproduzir mentalmente, reconstruir intelectivamente um ato ou uma situação. Não há, portanto, qualquer teleologia na concepção weberiana de razão. Agir racionalmente não significa, para Weber, agir em conformidade com os fundamentos últimos da Razão. A racionalidade é apenas um método, entre tantos, utilizado pelos indivíduos para orientar suas ações. Portanto, quando o autor fala em processo de racionalização das sociedades ocidentais, ele fala da crescente importância para os indivíduos dessas sociedades de produzirem explicações para os fenômenos de acordo com princípios lógicos e abstratos, i. e., racionais”. (Cf. MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologias do Direito: historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 25, p. 153-169, nov. 2005.)

⁴⁷ GABARDO. **Princípio constitucional...** p. 26.

Para finalizar a questão da conceituação, pode-se traçar um paralelo entre a economicidade e a celeridade nos atos da Administração, sendo aquelas tidas como elementos, atributos da eficiência e não seriam tidos como sinônimos, em uma análise mais acurada, mais reducionista.⁴⁸

A economicidade seria tornar um processo, um trabalho mais produtivo possível como os melhores resultados com o mínimo de esforço e custos, e, por seu turno a celeridade seria a conclusão dos processos da Administração em tempo condizente, hábil, rápido.⁴⁹

Pode-se preconizar a questão da burocratização estatal como dominação da sociedade, fazendo-se menção à obra de Max Weber⁵⁰, acerca da estrutura organizacional administrativa dos estados e a condução social. O problema estaria nos precários instrumentos de legitimação estatal. Repisando os aludidos postulados de Max Weber sobre a burocratização (vide notas n. 16 e 49), no entendimento de

⁴⁸ O reducionismo está ligado a um método científico que segundo Jenner Barretto Bastos Filho, pode ser “entendido como aquele que enseja a possibilidade de oferecer explicações para fenômenos tendo lugar em níveis mais altos de realidade em termos de leis e constituintes em níveis mais baixos” (BASTOS FILHO, Jenner Barretto. **O problema epistemológico do reducionismo**. In: I Encontro Estadual de Ensino de Física, 2005, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.if.ufrgs.br/mpef/ieefis/POS-ESCRITO_A_REDUCIONISMO_PORTO_ALEGRE_NOV_2005.pdf>. Acesso em: jan. 2017). Desse modo, pelo reducionismo metodológico, uma realidade, uma hipótese, um cenário, uma situação devem ser reduzidas às entidades mais simples possíveis, a fim de propiciar uma compreensão. Contudo, há contrapontos, no Direito Tributário, André Folloni enfatiza que o reducionismo simplificador gera uma certa incompreensão do meio onde o direito tributário está inserido. Como o direito tributário remete à uma realidade complexa e intersistemática, esse reducionismo não permite uma análise, um estudo, nesse meio fora do âmbito normativo, o que acarreta uma distância da realidade, em razão da construção do sistema ideal do direito tributário reduzido à norma. (Cf. FOLLONI, André Parmo. **Clareiras e caminhos do direito tributário: crítica da ciência do direito tributário a partir da obra de José Souto Maior Borges**. 2011. 562 f. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 25/07/2011).

⁴⁹ GABARDO. Op. cit. p. 28-29.

⁵⁰ Sobre a dominação legal do estado em razão da burocracia, Weber destaca: “A realização consequente da dominação burocrática significa o nivelamento da “honra” estamental e, portanto, quando não se restringe ao mesmo tempo o princípio da liberdade de mercado, a dominação universal da “situação de classe”. Se esta consequência da dominação burocrática não se deu por toda parte paralelamente ao grau de burocratização, isto se deve à diversidade dos possíveis princípios que determinam a cobertura das necessidades nas comunidades políticas. Mas também para a burocracia moderna, o segundo elemento, as “regras calculáveis”, tem importância predominante. A peculiaridade da cultura moderna, especialmente a de sua base técnico-econômica, exige precisamente esta “calculabilidade” do resultado. A burocracia em seu desenvolvimento pleno encontra-se, também, num sentido específico, sob o princípio *sine ira ac studio*. (sem ódio e sem preconceito) (WEBER. **Economia...** p. 213.) Katie Silene Cáceres Arguello, em sua dissertação de mestrado, faz uma análise da obra de Weber e o Direito, assim explanando: “A expropriação dos trabalhadores dos meios de produção, aliada a outros fatores que levam a uma maior eficiência de uma atividade organizada centralmente, constitui ponto fundamental da teoria weberiana sobre a burocracia. Desta maneira, a racionalização da atividade econômica faz parte de um processo mais amplo de racionalização: a burocratização.” (ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. **Weber e o Direito: racionalidade e ética**. 1995. 228 f. Dissertação (Mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 1995. p. 88.).

Emerson Gabardo a burocracia é um instrumento indispensável para gestão da Administração.⁵¹

Nesse âmbito de posicionamento da obra acerca de uma indispensabilidade da burocracia na Administração Pública, cabe destacar o significado do gerencialismo, segundo Ana Paula Paes de Paula, instituto que se iniciou nos Governos de Margareth Thatcher no Reino Unido e nos Estados Unidos com Ronald Reagan, sendo que o:

movimento gerencialista no setor público é baseado na cultura do empreendedorismo, que é um reflexo do capitalismo flexível e se consolidou nas últimas décadas por meio da criação de um código de valores e condutas que orienta a organização das atividades de forma a garantir controle, eficiência e competitividade máximos.⁵²

Esse gerencialismo pregava o esvaziamento das funções do Estado e a privatização de considerável estrutura do setor público, aplicando-se a *lógica microeconômica do “livre mercado” e do primado da concorrência*.⁵³

Propondo a reflexão de uma burocracia necessária, não seria ela mais eficaz em um modelo proposto pelo gerencialismo, ainda que com as devidas ressalvas de não se confundir os institutos da eficiência estatal com a eficiência econômica?⁵⁴

Na obra Interesse Público e Subsidiariedade de Emerson Gabardo, há uma concordância com crítica à burocratização anterior a reforma de 1990: *O próprio ambiente burocrático, mesmo antes das reformas gerenciais da década de 1990, já era fortemente criticado, e em geral com certa razão*⁵⁵. Acerca o modelo de gestão e crítica à burocratização, cabe ressaltar a visão de Luis Carlos Bresser Pereira à época da Reforma Estatal de 1990:

Ora, em um mundo em plena transformação tecnológica e social, é impossível para o administrador ser racional sem poder adotar decisões, sem usar de seu julgamento discricionário, seguindo cegamente os procedimentos previstos em lei. No século dezenove, quando a

⁵¹ GABARDO. **Princípio constitucional...** p. 36.

⁵² PAULA, Ana Paula Paes de. Administração Pública Brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. **RAE - Revista de Administração de Empresas**, vol. 45, n. 1, 2005.

⁵³ BERCOVICI, GILBERTO, O Papel Recente do Estado Brasileiro no Capitalismo Brasileiro. p.279, **Estado, Planejamento e Administração Pública no Brasil – 2015** Instituto Municipal de Administração Pública. pp.267-288, Curitiba, 2016.

⁵⁴ Sobre o tema assevera Marçal Justen Filho “Veda-se o desperdício econômico precisamente porque a otimização dos recursos propicia a realização mais rápida e mais ampla dos encargos estatais.” (JUSTEN FILHO. **Curso de Direito Administrativo...** p. 183.)

⁵⁵ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade:** o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 117.

administração pública burocrática substituiu a patrimonialista, isto representou um grande avanço no cerceamento da corrupção e do nepotismo. Entretanto, no século vinte, quando o Estado cresceu e assumiu novos papéis, ficou patente a ineficiência inerente a esse tipo de administração. Ao mesmo tempo que a burocracia estatal, ou seja, o conjunto de administradores públicos profissionais, via sua posição estratégica na sociedade aumentar, ficava claro que se tornava necessário adotar novas formas de gestão da coisa pública, mais compatíveis com os avanços tecnológicos, mais ágeis, descentralizadas, mais voltadas para o controle de resultados do que o controle de procedimentos. E também mais compatíveis com o avanço da democracia em todo o mundo, que cada vez mais exige uma participação mais direta da sociedade na gestão pública.⁵⁶

Em que pese o posicionamento do autor citado supra, há de se ponderar o direcionamento mais atual de Bresser Pereira no sentido de que com a reforma (desestatização e descentralização do Estado) houve consequências diretas na economia brasileira. Dentre elas: a abertura comercial nos anos 1990, a *armadilha de altas taxas de juros e baixa taxa de câmbio* (apreciação do Real) *que mantém as taxas de poupança e de investimento deprimidas.*⁵⁷

Bresser também alerta para iniciação de uma desindustrialização⁵⁸, mas não como os países centrais (Europa e EUA que transferiram a mão de obra para setores avançados em tecnologia e prestação de serviços), sendo que no caso brasileiro ocorreu um processo regressivo na desindustrialização, dado que a mão de obra seria transferida para indústrias montadoras (*maquiladoras*), as quais se valeriam de insumos externos (importados) sem alto valor agregado. Situação esta que ampliaria o desemprego e não contribuiria para um dinamismo na economia.⁵⁹

Entende-se que o tema aludido se adéqua à pesquisa, uma vez que se pretende analisar a questão da terceirização das estatais na atual conjuntura legislativa, bem como na antecedente.

Mas para isso, tem-se a necessidade de percorrer como base os estudos relativos à eficiência e legitimidade do Estado, nesse sentido, retorna-se ao mote deste capítulo.

Ao exaltar a eficiência do Estado burocrático a obra de Gabardo alerta para uma crítica ao formalismo irresponsável, situação que pode favorecer grupos econômicos dominantes. Todavia, frisa-se nas reflexões que o procedimento

⁵⁶ BRESSER PEREIRA. **A Reforma do Estado**... p. 68.

⁵⁷ BRESSER PEREIRA, **Macroeconomia da estagnação**: crítica da ortodoxia convencional no Brasil pós 1994, Editora 34, São Paulo, p. 26, 2007.

⁵⁸ Id. p. 126.

⁵⁹ Ibid. p. 127-131

administrativo e suas regras legitimam sua atividade e atuam no sentido de concretizar a democracia.⁶⁰

O contraponto dessa burocratização estatal foi seu aumento e conseqüente desproporcionalidade ao que se propunha e almejava com essa burocracia. Devido a esse inchaço, não faltaram críticas ao modelo, sendo que alternativas como a do gerencialismo, já explicitado, foram propostas, refere-se ao instrumento do a *Public Choice*, bem como a do paradigma do Estado agente.

O *Public Choice* estaria ligado a uma interpretação e análise econômica dos procedimentos e mecanismos de gestão, atrelada também a *Law and Economics*, ou Análise Econômica do Direito, uma vez nesta utiliza-se da *public choice*, para uma visão e interpretação mais cética e pessimista dos fenômenos democráticos.⁶¹

Por seu turno, a questão do paradigma do agente estaria relacionada com um controle dos agentes estatais pela sociedade, tendo, ao contrário da *public choice*, um enfoque social.⁶²

Cabe asseverar que a gestão pública, na atualidade, requer maior democratização de centros decisórios, assim como estruturas mais modernas, delegações, descentralizações, desconcentrações, flexibilidade nos processos e procedimentos, além de pensamentos estratégicos, a fim de dar maior celeridade e se coadunar com as constantes mudanças na sociedade.⁶³

As características referidas no parágrafo anterior remetem ao gerencialismo no serviço público como forma de tornar mais eficiente a Administração Pública, bem como os serviços prestados pelo Estado.

Alguns contrapontos à burocratização foram pinçados, em razão de sua pertinência com a desoneração do Estado, bem como sua delimitação, as quais resultaram na reforma da década de 90 e no impulso dado às terceirizações, tanto no âmbito estatal quanto no âmbito privado.

⁶⁰ GABARDO. **Princípio constitucional...** p. 39.

⁶¹ MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 179. Sobre o Tema da Análise Econômica do Direito, far-se-á uma exposição na próxima seção do capítulo inicial desta dissertação.

⁶² GABARDO. **Interesse público...** p. 46.

⁶³ ZIOBRO, André Piekarz; GIAOMINI Carlos Homero; WOSNIAK, Francine Lia (Org). **A Produção do Conhecimento para Gestão Pública no Município de Curitiba**. Curitiba: IMAP, 2012. Disponível em: http://www.imap.curitiba.pr.gov.br/wp-content/uploads/Acervo/Publicacoes_Imap/Livros/2012_0002_Gestao_para_Recultados_em_Ctba_V_alorizacao_do_Capital_Intelectual.pdf. Acesso em: mai. 2017.

Após abrir caminho com breves considerações conceituais acerca da eficiência e a burocratização, passa-se a análise do princípio da eficiência.

Porém, de igual sorte, há de se ponderar um breve recorte sobre o tema dos princípios dentro do direito. Princípios, na ciência do direito possuem uma ampla gama de conceitos, definições, classificações e divergências.

Não é o intuito do presente estudo a análise complexa e incisiva de todo o espectro jurídico que envolve a estrutura e natureza dos princípios de direito. Contudo, faz-se necessária a definição uma breve exposição acerca de princípio⁶⁴ de direito.

O princípio jurídico poderia ser metaforizado como um leito de um rio, no qual se percorre, roteia, navega, contudo, esse percurso do leito pode sofrer acelerações, e diminuições de velocidade, desviar-se por afluentes e até ser transposto, com ou sem a ação do tempo, a fim de que se chegue ao *destino jurídico*.

Norberto Bobbio assevera que os princípios devem ser entendidos como norma geral, nesse sentido pode-se afirmar que verdadeiras fontes do direito.

Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?⁶⁵

Para explanar a natureza do princípio da eficiência na Administração Pública, pode se referir àquele numa perspectiva interpretativa *concretizadora*, num sentido de se extrapolar os limites das expressões contidas no texto legislativo,

⁶⁴ Segundo Miguel Reale, “os princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p 37.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

seguindo-se além do respectivo texto, extraindo-se conclusões do espírito da norma⁶⁶.

Optou-se na obra de Emerson Gabardo pelo método concretista para se analisar o princípio da eficiência à luz da Constituição, esquivando-se do método positivista. Este método concretista de interpretação se deve ao precursor Peter Häberle à hermenêutica constitucional, conforme lições de Paulo Bonavides⁶⁷, na qual há uma interpretação aberta, numa sociedade aberta, esquivando-se da interpretação constitucional apenas por uma sociedade fechada (juízes, por exemplo), mas por uma pluralidade social, ampliando-se a interpretação.

Nesse sentido, a obra de Gabardo traz que o princípio da eficiência da administração já existia, mesmo antes de sua positivação com a Emenda Constitucional n. 19/1998, a qual deu nova redação ao artigo 37, inserindo-se no texto da Constituição da República o princípio em comento.

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.

Apona-se na obra a importância do princípio sobre o viés público e intervencionista estatal, objetivando o bem estar social da população. Sobre a interpretação esclarece o autor:

Não é fácil resolver, através de uma opção clara qual deve ser a conduta interpretativa adequada. Entretanto, parece que uma postura de contrafogos à visão desconstitucionalizadora implica a escolha de hermenêutica

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999 apud GABARDO. **Princípio constitucional**... p. 81. Sobre o tema referido, Humberto Ávila, elenca a possibilidade de método científico da construção de significados pelo intérprete no sentido de que a linguagem é importante, mas não pode ser único método para se buscar a interpretação, apontando a reconstrução, a escolha e a criação de significados como possíveis métodos. Humberto Ávila, citando Chiassoni, enfoca que a interpretação metatextual (no sentido larguíssimo, mais amplo possível) incluiria uma série de operações heterogêneas, distintas da interpretação textual, tais como preenchimento de lacunas, qualificação de um objeto como norma, qualificação da norma, escolha de artigos como pertinentes, resolução de antinomias, elaboração de sistemas dogmáticos e qualificação de situações fáticas. Já Guastini diferencia textos de eventos, sendo que os fatos são realidades extralinguísticas e define determinados elementos derivados da intenção do legislador, das circunstâncias fáticas que motivaram a edição de um texto de lei, como extratextuais. Em Guastini, o autor repercute que o direito consuetudinário não é um fenômeno linguístico. Usos e costumes são fontes não escritas desprovidas de textos legais.(Cf. ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 29, Dialética, 2013).

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

reacionária a partir dos princípios constitucionais do Estado Social, ou seja, emancipatória. Propugna-se, portanto, por uma retomada da Constituição como estatuto de sustentação do Estado Social, na medida em que visa a justiça material, igualdade social e à segurança jurídica, como valores supremos de a permearem o interpretado.⁶⁸

Dessa maneira, o princípio da eficiência teria da administração de se coadunar com o modelo de Estado Social adotado pela Constituição de 1988, muito embora o próprio autor enfatize a diferenciação entre o princípio da eficiência da Administração Pública, que seria *setorial dado que se refere apenas àquela*, mas estaria ligado ao princípio da eficiência do Estado⁶⁹.

Assim, incorporado o princípio da eficiência da Administração Pública no texto constitucional, não há com se esquivar de sua aplicabilidade e interpretação.

Nesse mesmo sentido de cunho finalista dos objetivos da Administração, verifica-se o posicionamento de Marcos Vaquer Caballería:

Em razão da eficiência de ser um conceito relativo, que avalia a combinação idônea dos recursos utilizados para atingir o objetivo a que se destina, enriquece-se a noção absoluta de eficácia.

No entanto, a eficácia de uma organização pode ser julgada particularmente com respeito a cada um dos fins almejados por ela (evitar ou erradicar uma epidemia, atingindo um nível de alfabetização da população, estender uma rede de infra-estrutura ou de serviços a determinados centros populacionais) ou globalmente, quando se trata de um conjunto de objetivos visados por essas organizações complexas como a administração pública. A eficácia global da administração aumenta segundo se faz sua eficiência porque, sendo para ela indisponíveis os recursos disponíveis, a economia alcançada na gestão de um fim não só poderão, mas deverão, necessariamente, destinarem-se para as mesmas ou outras pessoas que tenham-na atribuído, melhorando assim, seus resultados. Mas você pode alcançar uma meta ou objetivo (incluindo eficácia) de muitas maneiras, das quais apenas uma é a eficiência ideal. (Tradução Livre)⁷⁰

⁶⁸ GABARDO. **Princípio constitucional...** p.82.

⁶⁹ Ibid. p. 89.

⁷⁰ VAQUER CABALLERÍA, Marcos. El Criterio De La Eficiencia En El Derecho Administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 186, set./dez. 2011, p. 102. Texto Original: "Porque siendo la eficiencia una noción relativa, que evalúa la idoneidad de la combinación de recursos empleados para alcanzar la finalidad perseguida, enriquece la noción absoluta de eficacia. Ahora bien, la eficacia de una organización puede juzgarse de forma particular respecto de cada uno de los fines perseguidos por ella (evitar o erradicar una epidemia, alcanzar un nivel de alfabetización de La población, extender una red de infraestructuras o de servicios a equis núcleos de población) o globalmente, cuando se refiere al conjunto de fines perseguidos por organizaciones tan complejas como la Administración pública. La eficacia global de la Administración aumenta según lo hace su eficiencia porque, siendo para ella indisponibles los recursos disponibles, los ahorros conseguidos en la gestión de un fin no solo podrán, sino que deberán necesariamente destinarse al mismo o a otros de los que tiene atribuidos, mejorando sus resultados. Pero se puede lograr un fin u objetivo (eficacia particular) de muchos modos, de los que sólo uno constituye el óptimo de eficiencia".

Analisa-se as menções supra da terminologia *meios e fins*, afetas à funcionalidade do princípio da eficiência, as quais também fazem parte da definição da utilidade do princípio referido por Gabardo:

Quando se entende que a eficiência deve abranger a análise dos meios e dos resultados, não significa que somente devem ser considerados a celeridade, a prestabilidade, a racionalidade e a economicidade, ou quaisquer dos critérios metajurídicos propostos pela doutrina especializada. A sua natureza abrangente manifesta-se claramente quando se considera que não pode ser eficiente um ato que afronte outro princípio, devido à possibilidade de anulação do mesmo.⁷¹

Finaliza-se a exposição do princípio da eficiência, denotando-se que não se poderia aplicá-lo em confronto com outro princípio da Administração Pública, sob pena de sua aplicabilidade ser anulada.

Em tempo, compilou-se o trecho referente à utilidade funcional do princípio e do ato administrativo eficientes, podendo-se de plano perceber a correlação direta entre os meios e fins do princípio e do ato administrativos, ou ainda comparando-se os fins com os resultados. Este paralelo do princípio da eficiência e seus objetivos atrelados aos meios e os fins/resultados, pode ser alinhavado com as principais funções afetas da terceirização das estatais, quais sejam das atividades⁷² meios e fins das organizações, sob o enfoque da nova legislação.

Seção 3. A Eficiência e Legitimidade do Estado.

Nesta seção, entende-se pertinente à pesquisa, uma análise da eficiência e legitimidade do Estado, na qual se farão apontamentos favoráveis e divergentes à legitimação estatal, sob a uma perspectiva neoliberal e não intervencionista.

O tema da legitimação e eficiência do Estado tem ligação com a terceirização das empresas estatais, uma vez que estas além da exploração de serviços públicos, também se prestam à atividade econômica.

⁷¹ Ibid. p.97

⁷² Acercados conceitos das atividades meio e fim das organizações há entendimento de que a denominada atividade meio pode ser definida como a de mero suporte não sendo a que tange a essencialidade do organismo empresarial, sendo, por conseguinte, a atividade fim a que está ligada a essência do que se propõe a empresa (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Método, 2010. p.172).

Nesse sentido, de interligar a economia, a Administração Pública e o direito administrativo, numa visão interdisciplinar do Direito, visando o bem estar social, já se pronunciou Marcos Vaquer Caballería:

Esta confluência entre economia e administração pública e, conseqüentemente, entre as ciências econômicas e jurídicas em matéria de direito administrativo cresceu no estado de bem-estar, o que aumenta legitimidade de origem para encontrar um exercício legítimo através do seu desempenho ou *performance*, e em que a atividade administrações públicas garantir as liberdades dos cidadãos dá destaque a favor do fornecimento de bens e serviços, bem como o fornecimento da infraestrutura necessária constituem o ambiente de bens e serviços a serem prestados a sociedade, seja de forma mercantil ou gratuita. Em todas as tarefas atributivas e distributivas é essencial para otimizar o uso de recursos (*input*) na atividade da Administração e da alocação de seu resultados ou desempenho (*output*), ou seja, a economia.⁷³

Na obra de Gabardo, Eficiência e Legitimidade do Estado, observa-se o recorte da ideia de *mito da eficiência como prerrogativa liberal*⁷⁴, na qual referenda que o Estado Social em crise propiciou a ascensão do neoliberalismo.⁷⁵

Tomando-se em conta a realidade brasileira, verifica Gabardo que existem princípios constitucionais, os quais orientam e definem o caráter intervencionista estatal, tais como o princípio da constitucionalidade que define uma Constituição rígida, o princípio democrático, princípio da igualdade, da divisão dos poderes, da legalidade, segurança jurídica e da justiça social.⁷⁶

⁷³ VAQUER CABALLERÍA. El Criterio... p.6 e 7. Texto Original: "Esta confluencia entre economía y Administración pública y, em consecuencia, entre las ciencias económica y jurídica en el campo Del Derecho administrativo se ha acrecentado en el Estado social, que añade a su legitimidad de origen la búsqueda de una legitimidad de ejercicio a través de su desempeño o *performance*, y en el que la actividad de las Administraciones públicas de garantía de las libertades de los ciudadanos cede protagonismo en favor de la prestación de bienes y servicios, así como de la dotación de las ecesarias infraestructuras que constituyen el entorno para los bienes y servicios que debe prestar la sociedad, sea de forma mercantil o solidaria. Tareas todas ellas atributivas y distributivas a las que es esencial optimizar el empleo de recursos (*input*) en la actividad de la Administración y la asignación de sus resultados o rendimientos (*output*), esto es, la economía."

⁷⁴ GABARDO. Eficiência... p. 107.

⁷⁵ Nesse sentido, Daniel Bin assevera: "Por outro lado, em um momento em que as instituições formais da democracia liberal e do bem-estar políticas foram estruturadas, em meados de 1990 que esta tendência sofreu uma inflexão, com a chegada da onda neoliberal que tinha irradiado do Norte nas duas décadas anteriores. Isto impôs uma nova realidade político-econômico na sociedade brasileira que iria revés a tendência de democratização recentemente inaugurada, especialmente em relação a economia. Ao mesmo tempo que as instituições democráticas liberais foram reforçadas, sob um conceito de uma verdadeira democracia - que incluiria a igualdade econômica e forte participação popular em decisões econômicas - a realidade na construção foi o de uma democracia consideravelmente limitada". (BIN, Daniel. Macroeconomic policies and economic democracy in neoliberal Brazil. **Economia e Sociedade**, 2015, vol. 24, n.3, p. 513-539).

⁷⁶ GABARDO, Emerson. Eficiência... p. 114.

Acerca de Justiça Social e de suas relações com o Estado, assinala José Afonso Da Silva:

O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado Liberal provocaram imensas injustiças e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade de justiça social(...)⁷⁷

Impossível dissociar a orientação social do Estado brasileiro, ante o advento da Constituição da República, promulgada em 1988.

As garantias fundamentais, sociais alcançadas foram verdadeiras conquistas para população brasileira, inegavelmente. Um novo paradigma igualitário e digno foi declarado como cláusulas pétreas, além da instituição de direitos sociais como saúde, educação e trabalho. Acerca do contexto histórico que permeou a Constituição de 1988:

O caráter lento e gradual da transição democrática permitiu que as lideranças políticas que apoiavam o regime militar pudessem se aliar à frente oposicionista, bloquear mudanças institucionais mais profundas e se insularem em espaços da política e da administração pública. O processo constituinte se deu com um governo controlado por dissidentes do regime decaído, cujo fracasso levou à crise final do desenvolvimentismo e a inviabilização dos compromissos econômicos e sociais da Constituição de 1988. A vitória de Collor nas eleições de 1989 baseou-se na aliança de liberais e conservadores pela liberalização da economia. No contexto da crise econômica e da instabilidade política do início dos anos 1990, esses grupos convergiram com parte dos progressistas para fortalecer a capacidade de direção política do governo federal e mudar do modelo constitucional no sentido de compatibilizá-lo com as reformas liberalizantes.⁷⁸

O contexto de época favorece a inclusão das garantias aos cidadãos, após o regime militar. Nitidamente, a Constituição da República Federativa do Brasil tende a abarcar o máximo possível de matérias e competências jurídico-sociais dentro de seu texto positivado, ainda que despido de total regulamentação.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 115.

⁷⁸ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul/2013.

Nesse sentido, Daniel Sarmento assevera acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na qual os direitos individuais não necessariamente necessitariam de regulamentação para subsistirem:

A dimensão objetiva, por outro turno, permite a atribuição de efeitos jurídicos concretos mesmo àquelas normas consagradoras de direitos fundamentais que, pela sua natureza, carecem de integração legislativa para criação de direitos subjetivos fruíveis pelos seus titulares. Tais normas, no mínimo, produzirão efeitos hermenêuticos, condicionando a interpretação e integração do ordenamento, vincularão o legislador futuro e servirão de parâmetro para a não recepção de preceitos legais anteriores, bem como para decretação de inconstitucionalidade de normas supervenientes que com elas conflitam.⁷⁹

É um novel marco jurídico garantidor de liberdades e direitos sociais, cujas promessas inculcadas em seus conteúdos dogmáticos e principiológicos eram as de criação de uma sociedade equânime, de um país observador de um Estado democrático de direito.

Trata-se da “Constituição Cidadã”, que nasceu para traduzir uma espécie de novo pacto institucional para a democracia. Nesse sentido, além de documento jurídico, ela incorpora a promessa da construção e manutenção de uma democracia sustentável após um período longo de tempo em que o Brasil foi marcado mais por governos de exceção que por governos democráticos. Além disso, a democracia prometida institucionalmente pela Constituição de 1988 não diz respeito apenas ao regime de governo, aos direitos de participação política, mas também a direitos de inclusão social: é, portanto, uma democracia social marcada pela garantia de direitos sociais próprios a um Estado que se quis fundar como *welfarista*, e que tem objetivos declarados de transformação social, redução de desigualdades de renda e de oportunidades, e também de desigualdades regionais.⁸⁰

Uma das consequências da orientação social da Constituição é influenciar todo o sistema jurídico brasileiro, dado que é o diploma formal positivo mais importante do ordenamento, figurando no topo hierárquico normativo, conforme o modelo de uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas⁸¹.

Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta

⁷⁹ SARMENTO. Direitos Fundamentais... p. 136.

⁸⁰ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista de Direito GV**, São Paulo, pp. 407-440, jul./dez. 2008.

⁸¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 155.

palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.⁸²

Nesse raciocínio, observa-se uma nova corrente de pensamento e construção do direito no sentido da “Constitucionalização (social)” de, praticamente, todos os ramos do Direito Brasileiro.

Assim, a proposta de construção de uma democracia social foi configurada no documento constitucional debaixo do jargão dos direitos, e os objetivos de redução da pobreza traduzidos em direitos sociais cuja estrutura foi interpretada pela dogmática jurídica sob a mesma tradicional chave dos direitos subjetivos. Essa característica marcante da Constituição de 1988 (que não constitui, vale dizer, fenômeno exclusivamente nacional), produziu importantes modificações no discurso da dogmática constitucional, que incorporou à adjudicação constitucional, com isso, novos e importantes problemas, aos quais estão relacionados os temas candentes da exigibilidade dos direitos sociais, da eficácia normativa das normas ditas programáticas, dos limites do controle de constitucionalidade e outros semelhantes, crescentemente lançados na pauta dos debates constitucionais a partir da promulgação do texto atualmente em vigor.⁸³

Desse modo, levando-se em consideração que a Constituição tem um forte viés social, por óbvio que todos os ramos do direito serão, pelo menos, envolvidos pela influência da Carta de 1988, ou seja, tornar-se-ão, em certa medida, constitucionalizados com o respectivo paradigma social.

Feitas essas considerações de o Brasil como sendo um Estado construído pelo alicerce constitucional social intervencionista, passa-se à análise de algumas críticas ao liberalismo.⁸⁴

Um dos mitos, segundo a obra de Emerson Gabardo, seria de que o liberalismo é transparente nas suas informações, enfatizando-se o inverso na base de que aqueles que as detém não as compartilhariam, aproveitando-se de concorrentes e consumidores, cabendo ao Estado a regulamentação para se evitarem deslealdades, regulamentando, inclusive a concorrência.⁸⁵

⁸² Idem. p. 155.

⁸³ VERÍSSIMO. A Constituição... p. 408.

⁸⁴ Liberalismo de que trata Gabardo é na verdade o Liberalismo Econômico, o qual é, na definição de Pedro Cezar Dutra Fonseca: “como as teorias e práticas de política econômica adotadas pelo “mainstream” no campo da Ciência Econômica e simbolicamente respaldado na máxima do *laissez-faire*”. (FONSECA, Cezar Dutra Fonseca. Keynes: O liberalismo econômico como mito. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 19, n. 3, dez. 2010, p.426.)

⁸⁵ GABARDO. **Eficiência**... p. 118.

Interessante a questão do mito do liberalismo, também abordada num texto com referência direta a John Maynard Keynes, por Pedro Cezar Dutra Fonseca ao dissecar um recorte da obra de Keynes:

Nota-se claramente que os argumentos de Keynes tornam-se convincentes ao tocar na moleira dos fundamentos teóricos de seus adversários (e, por certo, tendo em vista o público a que se dirigia): o liberalismo está errado não por uma razão moral, mas porque fere a realidade e o senso prático. Quer dizer, é tão medieval como os princípios feudais contra os quais os liberais haviam se rebelado no passado: que diferença há entre a “mão invisível” smithiana, ou mesmo entre o leiloeiro clarividente de Walras, com a divindade religiosa ou força exógena política (como o rei absolutista), últimos recursos para garantir uma ética que compatibilizasse atos individuais e sociais? *A crença em um mercado “que não erra” não passa de uma metafísica como todas as outras.* Por isso, liberdade natural não existe, contrato perpétuo é ficção, não há força externa ou “do alto” (nem “mão invisível” nem força divina) que garanta a coincidência entre somatório dos ótimos individuais e ótimo social. Os indivíduos não possuem a racionalidade livresca e pré-suposta sem provas, nenhuma força agrega a sociedade *per si*. O início da última sentença revela o âmago de sua construção retórica, com grifos seus: “a experiência *não* mostra...” (Keynes, 1978). Em outras palavras: *o individualismo liberal funda-se num mito.*⁸⁶

Desse modo, Keynes já considerava o próprio individualismo liberal em um mito, posto que colide com a realidade, não passando de uma instituição metafísica, na visão interpretativa de Fonseca.

Sobre Keynes, Gabardo se manifesta enfatizando que *as grandes preocupações com a eficiência já tinham sido superadas graças ao pensamento* de Keynes. Procurou-se justificar a intervenção no Estado em razão de fomento à criação e aumento de postos de trabalho, além de *estímulo às despesas suscetíveis*. Nesse modelo, houve a instituição de uma política de tributação de redistribuição de renda, além de implantação e expansão de créditos a juros reduzidos.⁸⁷

Gilberto Bercovici analisa a posição keynesiana de intervenção na economia, dizendo-a insuficiente para inserção, ou adoção dela na América Latina,

⁸⁶ Esta reflexão compilada faz referência ao seguinte trecho da Obra de Keynes: “Esclareçamos desde o início os princípios metafísicos ou gerais sobre os quais, de tempos em tempos, se fundamentou o *laissez-faire*. Não é verdade que os indivíduos possuem uma “liberdade natural” prescritiva em suas atividades econômicas. Não existe um contrato que confira direitos perpétuos aos que têm ou aos que adquirem. O mundo não é governado do alto de forma que o interesse particular e o social sempre coincidam. Não é administrado aqui embaixo para que na prática eles coincidam. Não constitui uma dedução correta dos princípios da Economia que o autointeresse esclarecido sempre atua a favor do interesse público. Nem é verdade que o autointeresse seja geralmente esclarecido; mais frequentemente, os indivíduos que agem separadamente na promoção de seus próprios objetivos são excessivamente ignorantes ou fracos até para atingi-los. A experiência não mostra que os indivíduos, quando integram um grupo social, são sempre menos esclarecidos do que quando agem separadamente”. FONSECA. Keynes.... p. 429-431.

⁸⁷ GABARDO, Emerson. **Eficiência...** p. 123.

uma vez que a atuação Estatal na América Latina teria de ser muito mais necessária e profunda, dentre outros pontos, na infraestrutura para afastar o subdesenvolvimento.⁸⁸

Interessante destacar para o presente trabalho acerca, a atuação estatal para o fomento da própria economia brasileira, não somente pelas empresas estatais, monopolistas ou não.

A atuação do estatal ao longo do século passado foi de tal envergadura que culminou na afirmação por alguns autores de que no caso do Brasil, se aproximava do denominado Capitalismo de Estado⁸⁹, sendo este Estado atuante como principal financiador, contudo sem implantar o socialismo, não suprimindo o mercado, mas coordenando a produção e distribuição.

A intervenção estatal, conforme Eugen Von Böhn-Bawerk, tem suas raízes no dogma da *teoria da exploração*, a qual permeou o Século XIX, sendo que no século seguinte referida teoria foi amplamente difundida, acarretando a intervenção destes estados na economia e na sociedade:

Assim como a evolução da teoria da exploração foi um dos acontecimentos mais importantes do século XIX, sua aceitação geral bem como sua triunfante divulgação constituem o fato mais sinistro do século XX. Não pode haver dúvida de que a teoria da exploração conquistou o mundo. Hoje, mais de um terço da humanidade vive sob o comunismo, cujos líderes emitem seus pronunciamentos arrogantes e militantes a partir da plataforma

⁸⁸ BERCOVICI. O Papel... p..269

⁸⁹ BERCOVICI. O Papel... p. 282. Sobre o capitalismo de Estado ver Gustavo J. T Pedroso: "Desenvolvendo idéias com que trabalhava desde o início dos anos 30, Pollock procura definir o capitalismo de Estado, como uma nova ordem social que vê surgindo nesta época, cuja realização mais aproximada até então, aos seus olhos, era o regime nazista na Alemanha. A caracterização é feita inicialmente pelo contraste com a ordem em declínio, o capitalismo privado. As diferenças essenciais entre ambas seriam as seguintes: 1) a deposição do mercado de sua função de controle na coordenação da produção e distribuição, o que implica no "desaparecimento do mercado autônomo e das assim chamadas leis econômicas"⁵; 2) a transferência do controle para o Estado, que lança mão de dispositivos antigos e novos (inclusive um "pseudomercado") na execução desta tarefa; e 3) na forma totalitária do capitalismo de Estado, o Estado é o instrumento de poder de um novo grupo dominante, formado pela fusão das burocracias estatal, empresarial e do partido vitorioso; enquanto que na forma democrática o Estado tem a mesma função de controle, mas é controlado pelo povo". Continuando-se acerca do Capitalismo de Estado Pollock apresenta o capitalismo de Estado como caracterizado por um conjunto de processos orientados fundamentalmente pela ênfase na maior racionalidade e eficiência no aproveitamento dos recursos disponíveis ⁶, por um lado, e pela busca do poder no interior dos aparelhos burocráticos estatal, empresarial e partidário, por outro. Portanto, se o novo sistema deve permitir uma superação dos impasses e riscos gerados no interior do capitalismo privado, a questão principal a ser enfrentada está na centralidade do mercado autônomo e dos mecanismos a ele associados, responsáveis pelos problemas na medida em que contêm um aspecto de imprevisibilidade quanto aos resultados dos processos por eles mediados". (PEDROSO, Gustavo, J. T., Entre o capitalismo de Estado e o Behemoth: o Instituto de Pesquisa Social e o fenômeno do fascismo. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, vol. 15, n. 2, pp. 151-179, 2009. p. 154-155.)

do dogma socialista. Outro terço da humanidade, naquilo que por vezes se chama de “mundo livre”, vive sob sistemas econômicos claramente socialistas. Praticamente todo o resto tem organizações sociais e econômicas em que a teoria da exploração é indicador de intervenção governamental.⁹⁰

Desse modo, no intervencionismo, a Administração Pública intervém *no funcionamento da economia de mercado*, sem extingui-lo. O Estado almeja que a *produção e o consumo* percorram outros rumos, orientados e impostos pela administração pública, através de *ordens, comandos e proibições*, derivados do *poder de polícia e o seu correspondente aparato de compulsão e coerção*.⁹¹

Com a intervenção do Estado na economia como agente fomentador, o ente público iria regulamentar o mercado, além de determinar um desenvolvimento econômico sustentável, não somente no sentido do aumento de produto interno bruto ou renda *per capita*, mas com desenvolvimento social.

Para se chegar a este bem estar social a eficiência estatal passa ser a *regra geral*, sendo que para atingi-la, o Estado se descentraliza, emergindo entes paraestatais como empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais tem o condão de busca do desenvolvimento econômico e também social.

Assim, o próprio Estado brasileiro passa a financiar e ingressar no mercado, conforme assinala Gabardo, fazendo menção à obra reformista de década de 90 de Bresser Pereira. Ainda nesse intuito interventivo, o estado a fim de completar o referido caráter implementa o provimento de saúde, controle de poluição, mas principalmente a questão da previdência ou seguridade social.⁹²

Contudo, muito embora esse modelo tenha perdurado durante muitos anos, o mesmo tornou-se esgotado, ante as crises na Europa, e Estados Unidos e demais países que adotaram o referido modelo, retomando a questão do colapso na década de 80 pela crise fiscal estatal já referendada na Obra de Bresser Pereira.⁹³

Gabardo reconhece a ineficiência do aparelho estatal na transição do século passado e do atual⁹⁴, relatando as bases teóricas dos críticos (Claus Offe, Milton

⁹⁰ BÖHM-BAWERK, Eugen Von, **A Teoria da Exploração do Socialismo-Comunismo**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p.15.

⁹¹ VON MISES, Ludwig. **Ação Humana**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 817. As medidas coercitivas, segundo Mises “são atos *isolados* de intervenção. Não pretendem, as autoridades, integrá-las num sistema que determinaria todos os preços, salários e taxas de juros, colocando em suas mãos o controle absoluto da produção e do consumo” (Id. p. 817)

⁹² VON MISES. **Ação Humana**... p. 125-126.

⁹³ BRESSER PEREIRA. A Reforma do Estado... p. 52.

⁹⁴ GABARDO, Emerson. **Eficiência**... p. 127.

Friedman e demais chicaguistas, dentre outros) do *welfare state*. Um dos motes do presente estudo é o de propor a terceirização como medida e ferramenta corrigir a ineficiência do Estado.⁹⁵

A ineficiência do Estado é reconhecida por Emerson Gabardo, observando-se nas passagens de suas indagações *não será o melhor tudo difícil que o nada fácil?* e *O tudo caro, que o nada barato?* O autor referido enfatiza: *Embora a crítica do estado social em vários tópicos seja inafastável, os “motivos de crítica”, não são muito convincentes em se tratando de desenvolvimento dinamicamente eficiente.*⁹⁶

Embora reconheça a ineficiência estatal, a obra de Emerson Gabardo ataca as críticas realizadas ao intervencionismo e à desregulamentação, embasadas pelas ideias de Milton Friedman, inspirado em Friederich Hayek, além outros que *exaltam o particular e o individual sobre a norma e o Estado*. Desse modo, se coadunam com o liberalismo, os grandes monopólios, ou quase monopólios, situação que contradiz o neoliberalismo e a possibilidade de liberdade concorrencial. Seguindo essa linha crítica a obra do autor esclarece que o neoliberalismo favorece o capital financeiro internacional dos mercados dominantes, ante a globalização, bem como a especulação do mercado financeiro, num retorno ao capitalismo radical.⁹⁷

Nestes tópicos explicitados na obra do jurista, há de se ponderar que se prescindem razões de defesa do estado social interventor e ineficiente.

No entanto, na obra *Interesse Público e Subsidiariedade*, entende-se que há uma explicação para essa ineficiência estatal, sendo que a pertinência da compilação faz-se necessária:

A sociedade brasileira enquadra-se perfeitamente no modelo “aristocrático” de Tocqueville ou anti-socialista” de Putnam. Primeiro foi a metrópole, depois os senhores e coronéis; por fim o próprio estado substituiu o associativismo civil (inibindo tanto as formas de vinculação egoístas fundadas no interesse privado, como aquelas altruístas, inerentes ao verdadeiro solidarismo). Inibição esta que não foi imposta; é preciso que se deixe claro. A situação histórica retrata um sistema simbiótico e circular em que a forma de atuar do Estado é causa e consequência da realidade típica de seu entorno. Buscar uma causa primeira; uma “culpa originária” a ser

⁹⁵ Destacar o ponto de vista consonante de Emerson Gabardo na obra já referida *Interesse Público e Subsidiariedade*, no qual afirma-se que há uma tentativa uma “recuperação de um *espaço público* seja por intermédio de reformas governamentais terceirizantes, seja como decorrência da atuação das entidades da sociedade civil.” (GABARDO. **Interesse Público**... p. 127)

⁹⁶ GABARDO. **Eficiência**... p.130.

⁹⁷ GABARDO. **Eficiência**... p. 134-138.

atribuída ao aparato institucional seria ignorar de forma ingênua o condicionamento mental interferente nas relações sociais e políticas.⁹⁸

Existem críticas às imperfeições do não intervencionismo estatal (pregado pelo liberalismo) e das consequências hodiernas do neoliberalismo econômico, o qual embora com sabidas mazelas, as liberalidades, bem como as liberdades que compõe capitalismo, o transformaram no sistema que perdura majoritariamente, ao contrário do socialismo⁹⁹ e do comunismo.

Acerca da proposta compatibilidade entre o Estado social e a eficiência há uma imensa distância evolutiva a ser percorrida para que o intervencionismo estatal se compactue com a eficiência. Daí a ideia da descentralização, bem como da junção de preceitos e fundamentos ligados ao princípio da eficiência na Administração Pública.

Exemplificativamente, a constituição de empresas estatais que apliquem em sua organização e administração o modelo da eficiência. Nesse sentido, a tecnicidade, meritocracia e inovação (valores não exclusivos, mas pertencentes ao liberalismo e neoliberalismo) deverão ser inseridas nessas administrações estatais de modo a equacionar as empresas públicas e as sociedades de economia mista às suas concorrentes do mercado. Tudo a fim de se melhorar os serviços públicos em busca da eficiência.

Muito embora Luis Felipe Miguel delinear que alguns autores liberais¹⁰⁰ na construção da referida escola não tinham muito espaço para ideias democráticas,

⁹⁸ GABARDO. **Interesse Público...** p. 127.

⁹⁹ Sobre o Socialismo Radical, no introito de Caminhos da Servidão, Frederch Heyek aborda a questão do Socialismo Radical: “Creio que o que existe nele de importante deve ainda prestar seus serviços, embora reconheça que está quase morto no mundo ocidental o socialismo radical contra o qual ele se dirigia primordialmente: aquele movimento estruturado, que visava uma organização premeditada da vida econômica pelo estado transformado em principal proprietário dos meios de produção. O século do socialismo, nesse sentido, provavelmente chegou ao fim por volta de 1948. Muitas de suas ilusões foram abandonadas, mesmo por seus próprios líderes, e em outros países, assim como nos Estados Unidos, até a palavra socialismo perdeu muito de seu poder de atração. Sem dúvida haverá quem tente salvar esse nome, em benefício de movimentos menos dogmáticos, menos doutrinários e menos sistemáticos. Mas uma argumentação aplicável apenas contra as concepções bem definidas de reforma social que caracterizavam os movimentos socialistas do passado poderia hoje afigurar-se mera investida contra moinhos de vento.” (HAYEK, Friedrich. **O Caminho da Servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 15.)

¹⁰⁰ Frisa-se na obra de José Felipe Miguel, há um apanhado do pensamento liberal no sentido de o liberalismo não ter destinado o devido valor às ideias democráticas, no pensamento liberal a igualdade pertence ao público e a liberdade ao privado. “A esfera privada sempre foi espaço para florescer desigualdades, nas arenas públicas há igualdades entre cidadãos” (p. 33). Ao citar Isaiah Berlin, o autor esclarece o problema da separação entre a economia e a política do liberalismo (p. 33) O autor compara Berlin a Hayek sob a crítica à redistribuição e que esta, sem a anuência privada

não se pode afirmar que o Estado sob o regime liberal por si só caminhe para um totalitarismo.¹⁰¹

Seria o mesmo generalismo de se afirmar que os Estados sociais e interventores são suscetíveis ao totalitarismo, dado ao domínio e centralização dos meios de produção, por exemplo.¹⁰²

A obra de Emerson Gabardo aponta, precursoramente, o problema atual da conjuntura estatal brasileira. O modelo neoliberal adotado pela economia global e integrado na reforma constitucional de 1998, (conforme versado na Seção que permeia a obra de Bresser Pereira), contrasta, inegavelmente, com o conjunto de bases principiológicas da Constituição da República Federativa do Brasil.

A proposta deste capítulo foi de embasar, inicialmente, a reflexão do problema de se a descentralização, a desestatização (para posteriormente construir uma ponte à terceirização) dentro do Estado poderia, ou não torná-lo mais eficiente. Apesar dos problemas da reforma de Estado dos anos 90, bem como da implantação do princípio da eficiência, faz-se necessária busca soluções e alternativas para os referidos problemas a fim de que se alcance o bem estar comum e uma prestação eficiente dos serviços públicos.

Assim, a indagação para direcionar a pesquisa é se as organizações empresariais estatais poderiam (ou não), através das terceirizações, dentre elas o foco da pesquisa que é o da terceirização da mão de obra, tornarem-se mais eficientes, produtivas e viáveis econômica e socialmente.

seria uma coerção. (p. 33-34). “Liberdade é sinônimo de poder ou riqueza.” (p. 34). O Autor cita Hayek, no sentido de desprezo pelas instituições democráticas, em relação ao mercado (p. 34). O liberalismo apresenta ambiguidade na democracia, sendo colocado em crise em razão do sufrágio, segundo Bobbio. (p. 35) O Autor cita “Os Federalistas” inserindo a ideia de políticos aristocráticos no poder (p. 35-36). Continua enfatizando os problemas do liberalismo com a democracia (p. 37-38), citando autores como Robert Dahl, que traz a poliarquia como vários centros de poder, evitando a tirania, mas destoando da democracia (p. 38). Fundamenta a desigualdade democrática e a assimetria dos grupos dominantes em relação às parcelas excluídas do processo democrático (p.38-39). Cf. MIGUEL, Luis Felipe. **Desigualdades e democracia**: o debate da teoria política. São Paulo: Ed. Unesp, 2015. p. 33-39.

¹⁰¹ GABARDO, Emerson. **Eficiência...** p. 161.

¹⁰² Embora ideológica e até política, cita-se a passagem de Hayek: “Tornou-se quase um lugar-comum afirmar que fascismo e comunismo são meras variantes do mesmo totalitarismo que o controle centralizado da atividade econômica tende a produzir – afirmação que a muitos se afigurava quase sacrílega há doze anos. Reconhece-se amplamente, agora, até mesmo que o socialismo democrático é algo muito precário e instável, corroído por contradições internas e produzindo em toda a parte resultados dos mais desagradáveis para muitos de seus defensores.”(HAYEK. **O Caminho ...** p. 15.) Sob o ponto de vista estritamente estatal, indaga-se para reflexão: Um Estado social e intervencionista, ainda que democrático, mas sem freios, poderá tolher inúmeras liberdades do que um Estado liberal e menos intervencionista?

CAPÍTULO II. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESTATAL, DA INTERVENÇÃO À DESESTATIZAÇÃO.

Como sequencia da presente pesquisa, após o incurso sobre a reforma estatal, o princípio da eficiência e a legitimidade do Estado, este tópico pretende percorrer, analiticamente, a descentralização do Estado através das empresas estatais, com o objetivo de criar as bases para a investigação dos problemas e perspectivas da terceirização nestas entidades empresariais de titularidade, ou controle acionário estatal.

Para tanto, far-se-ão reflexões sobre o intervencionismo, custeio dos serviços públicos, desestatização e uma breve incursão sobre as empresas estatais, com alguns limites determinados pelo objetivo de análise na terceirização nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista.

Seção 1. Um Recorte Sobre o Intervencionismo do Estado.

Inicialmente, a fim de pontuar alguns exemplos no tocante a ineficiência do Estado Social Brasileiro, se esboçarão breves linhas acerca dos problemas do intervencionismo e seu custo. Notadamente, na altíssima arrecadação e custeio sem a equitativa contraprestação; ou em uma assimétrica contraprestação de serviços, os quais são desqualificados, díspares e deficientes.

Dessa maneira, para se criar um aparelhamento estatal com o fim de não só prover a própria organização estatal, mas também realizar as mais diversas políticas de serviços sociais, os recursos financeiros são imprescindíveis. Os recursos para possibilitar a administração do Estado brasileiro advêm da arrecadação de tributos.

Com os tributos, a União, os Estados e Municípios, teoricamente, conseguiriam se financiar e criar um aparelhamento estatal para por em prática, dentre outras funções públicas, as políticas e garantias sociais.

Já na década posterior à promulgação da Carta de 1988, houve um aumento substancial na carga tributária, mormente à disputa por recurso entre os entes federativos.¹⁰³

¹⁰³ DILLINGER, William; WEBB, Steven. Fiscal management in Federal democracies: Argentina and Brazil. **Policy research working paper**, Washington, World Bank, 1999 apud

Estabeleceu-se uma progressiva ampliação dos percentuais da arrecadação do imposto de renda e do IPI destinados aos fundos de participação, atingindo em 1993 a 21,5 % e 22,5 %, respectivamente. Outras formas de repartição dos recursos arrecadados a nível federal foram também especificadas no Art. 159. O principal recurso estadual, o ICM teve suas bases ampliadas e transformou-se no atual ICMS. Também os municípios foram beneficiados pelo aumento do percentual a eles destinado deste último imposto.

Em consequência, a participação federal na receita disponível passa de 61,1% em 1989 para 56,4 % em 1996. A dos estados cresce de 25% a 27% enquanto a parcela dos municípios sobe de 13,9 % a 16,7 % no mesmo período (Versano et alii, 1998). Segundo estimativas do Banco Mundial, a despesa estadual cresceu 33% entre 1986 e 1995, em termos reais, enquanto o crescimento do PIB foi de apenas 14% .

Uma das respostas do governo federal foi o aumento das contribuições sociais -COFINS, PIS-PASEP e outras, fontes de receita que não precisam ser partilhadas com as instâncias subnacionais. Segundo a opinião unânime dos peritos em questões tributárias, isto significou um aumento da irracionalidade do sistema fiscal.¹⁰⁴

Nota-se a evidência de que para propiciar o funcionamento do Estado Social e interventor são necessários inúmeros recursos, dentre os quais os financeiros.

Escolas e universidades, hospitais, além de toda sorte de repartições públicas, como autarquias federais, estaduais e municipais também consomem uma infinidade de recursos, seja na estrutura, seja na composição funcional de pessoal.

Com uma extensa carga tributária dividida pelos entes federativos, o Brasil se tornou um dos países que mais tributam seus cidadãos de forma direta ou indireta. Em 2015, a OCDE classificou o Brasil como o país que possui a maior carga de tributos em toda a América Latina, com 35,7% do Produto Interno Bruto.¹⁰⁵ A elevada carga tributária imposta pelo Estado brasileiro, dado a avidez por recursos, assim como o enquadramento na farta legislação intervencionista tem afugentado investimentos e afastando as empresas que aplicariam seus recursos no Brasil. Segundo o uma pesquisa publicada no periódico do Instituto Brasileiro da Qualidade e Produtividade IBPQ, acerca das condições para empreender no Brasil, a maior queixa dos empreendedores no Brasil são a escassez de recursos e a legislação:

KUGELMAS, Eduardo; SOLA, Lourdes. Recentralização/descentralização: dinâmica do regime federativo no Brasil dos anos 90. **Tempo social**, 1999, vol.11, n.2, pp.63-81, 1999.

¹⁰⁴ Id.

¹⁰⁵ BRASIL é o país com a maior carga tributária da América Latina, diz OCDE: Relação entre impostos e PIB ultrapassa a média da OCDE. **O Globo**. Rio de Janeiro. 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/brasil-o-pais-com-maior-carga-tributaria-da-america-latina-diz-ocde-15557772>>. Acesso em: abr. 2016.

Os principais obstáculos apontados e nota-se que acesso a recursos financeiros e legislação e impostos são percentualmente os mais mencionados tanto pelos empreendedores iniciais quanto pelos estabelecidos.

No caso dos empreendedores estabelecidos, o principal obstáculo para se empreender no Brasil é a legislação e impostos (57,2%).¹⁰⁶

A reflexão inicial deste capítulo é a de que a descentralização e a desoneração são necessárias, afim de que o Estado possa melhorar sua gestão, seu *gerenciamento* de recursos, tornando-se mais eficiente, incrementando e melhorando os seus serviços, com o fim de atingir seu objetivo social de forma equitativa e, principalmente com eficiência.

Embora a Constituição da República de 1988 defina o Estado Social Brasileiro¹⁰⁷, anteriormente, no Brasil, verificou-se a intervenção estatal na era Vargas pela Constituição de 1937, inspirada na Carta Del Lavoro italiana, notadamente em seu artigo 140, sendo que a economia seria organizada em corporações e que estas eram consideradas órgãos estatais.¹⁰⁸

Artigo 140. A economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos destes e exercem funções delegadas de Poder Público.

A despeito de épocas já transcorridas, observa-se que o intervencionismo estatal se dá não apenas em torno de particulares, mas entre os próprios entes federativos.

Esta dominação da União, em relação aos estados e municípios que é um fator que poderia contribuir para uma má prestação dos serviços sociais e econômicos realizados pelo Estado, dado o tamanho do território nacional e possíveis desvios de finalidade na esfera pública. Assim, desde os tempos de Vargas:

A Constituição de 1937 conservou o princípio acima indicado, mas reduziu a receita municipal, ao subtrair-lhe o imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais e os 20% da arrecadação, no território do município, dos impostos federais e estaduais não especificados. Os Estados, por sua vez, perderam o imposto sobre consumo de combustíveis de motor de explosão.

¹⁰⁶ GRECO, Simara Maria de Souza Silveira (Org.). **Empreendedorismo no Brasil**. Curitiba: IBQP, 2014. p. 149.

¹⁰⁷ GABARDO, Emerson. **Eficiência...** p. 162.

¹⁰⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 10.

Mais tarde, a lei constitucional no 3, de 18 de setembro de 1940, vedou aos Estados, Distrito Federal e municípios tributar, direta ou indiretamente, a produção e o comércio, inclusive a distribuição e a exportação de carvão mineral nacional e de combustíveis e lubrificantes líquidos de qualquer origem.

Dois dias depois, a lei constitucional no 4 declarava da competência privativa da União tributar a produção, comércio, distribuição e consumo, inclusive importação e exportação dos referidos produtos, sob a forma de imposto único para cada espécie de produto. Aos Estados e municípios tocava uma cotaparte, proporcional ao consumo nos respectivos territórios, que deveria ser aplicada na conservação e desenvolvimento de suas rodovias.

O resultado de tal sistema tributário, não obstante a garantia de uma receita municipal mínima na própria Constituição federal, foi a permanência da situação de penúria das municipalidades. Expressivas estatísticas a esse respeito foram fartamente glosadas nos estudos que se escreveram durante a elaboração da nossa última Carta Política.¹⁰⁹

A situação descrita supra se repete nos dias atuais, sendo que a União Federal, em razão de uma acentuada assimetria federativa abocanha grande parte da arrecadação tributária nacional.

O reinvestimento dos recursos nas nos outros entes federativos, autarquias e nas empresas estatais não é equitativa, podendo gerar em certa medida a ineficiência, a desproporcionalidade e má prestação de serviços públicos.¹¹⁰

Nesse cenário acentuadamente assimétrico entre os próprios entes federativos, mais precisamente no que diz respeito ao intervencionismo dominante da União Federal, criou-se no Governo Fernando Henrique Cardoso um mecanismo institucional denominada Desvinculação das Receitas da União, ou DRU.

A DRU serviria, inicialmente para aumentar a flexibilidade para que o governo use os recursos do orçamento nas despesas que considerar de maior prioridade e permitir a

¹⁰⁹ LEAL, Vitor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

¹¹⁰ A fim de se exemplificar o referido supra, vale-se de dados da Receita Federal do Brasil e do Senado Federal (SIGA BRASIL) trazidos em artigo publicado no periódico Gazeta do Povo, no qual tem-se que dos 271,2 bilhões de reais em tributos federais recolhidos pelo Estado do Paraná nos anos de 2002 a 2013, apenas 6,4 bilhões de reais teriam retornado ao estado do Paraná em investimentos, (GONÇALVES, André; VOITCH, Guilherme. Paranaense paga R\$ 42,60 em tributos à União para ter R\$ 1 em obras federais: Das 27 unidades da federação, Paraná é o 24º no ranking do investimento da União em relação à arrecadação no estado. **Gazeta do Povo**. Curitiba. 02 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/eleicoes/2014/paranaense-paga-r-4260-em-tributos-a-uniao-para-ter-r-1-em-obras-federais-ebn32cia50thjabeayadvwb4e>>. Acesso em: abr. 2016.)

geração de superávit nas contas do governo, elemento fundamental para ajudar a controlar a inflação.¹¹¹

Todavia, o que se viu foi um aumento na arrecadação da União, sem que a mesma repassasse esse aumento aos estados e municípios, conforme explicita DIAS, o que comprova a ineficiência no gerenciamento de recursos:

Ocorre que a Constituição também determinou que a maioria dos impostos deve ter sua receita repartida com os estados e municípios, enquanto as contribuições não estão sujeitas a tal partilha.

Quando o Governo Federal se viu na necessidade de elevar a arrecadação para promover uma redução do déficit público e poder pagar a elevada dívida pública, ele percebeu que estava em um beco sem saída.

Se elevasse os impostos, parte da receita arrecadada teria que ser dividida com estados e municípios, de modo que restaria apenas em torno de 50% da receita adicional nos cofres da União. Se elevasse as contribuições sociais, estas teriam que ser direcionadas para os gastos com saúde, assistência social e previdência, não havendo a possibilidade de se carrear a nova receita para o pagamento da dívida pública.

Foi aí que se criou a DRU, que nada mais é do que uma regra que estipula que 20% das receitas da União ficariam provisoriamente desvinculadas das destinações fixadas na Constituição. Com essa regra, 20% das receitas de contribuições sociais não precisariam ser gastas nas áreas de saúde, assistência social ou previdência social¹¹².

Embora o texto atual da DRU tenha excluído o impedimento do repasse dos tributos aos estados e municípios, é visível pela matéria jornalística baseada em fontes do próprio Estado, que há uma disparidade entre arrecadação e investimentos.

Por outro lado, foram incluídas as contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE) entre as receitas sujeitas à desvinculação. Com isso, a contribuição incidente sobre combustíveis (CIDE -Combustíveis) foi desvinculada, resultando em perdas para os estados e municípios¹¹³.

¹¹¹ DIAS, Fernando Álvares Correia. O que é e para que serve a desvinculação de receitas da União (DRU)?. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/12/05/o-que-e-e-para-que-serve-a-desvinculacao-de-receitas-da-uniao-dru/>>. Acesso em: abr. 2016.

¹¹² Id.

¹¹³ Id.

Desse modo, se mais do que presente a intervenção da União em face dos estados e dos municípios, que se dirá sobre o cidadão, elo mais fraco nessa relação. É cediço que o Estado existe para impor limites e regulamentações aos oblatos pertencentes ao respectivo Estado em troca de um aceite, conforme os preceitos basilares do *Contrato Social* idealizado por Thomas Hobbes e também proposto por Jean Jacques Rosseau¹¹⁴ e da possibilidade do questionamento ou contrariedade entre os poderes de estado propostos por Montesquieu¹¹⁵.

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja, com toda a força comum, a pessoa e os bens de aça associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo, assim tão livre quanto antes. É esse o problema fundamental ao qual o Contrato Social dá a solução.

As cláusulas desse contrato são de tal forma determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e sem nenhum efeito; de sorte que, embora não tenham sido jamais formalmente enunciadas, são em toda parte as mesmas, em toda parte tacitamente admitidas e reconhecidas, até que, violando-se o pacto social, cada um volta aos seus primeiros direitos e retoma sua liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciara àquela.

Essas Cláusulas, bem entendidas, reduzem-se todas a uma só: alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, pois, em primeiro lugar, desde que cada um se dê completamente, a condição é igual para todos e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa em torná-la onerosa aos demais.

Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo seu poder a suprema direção da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo¹¹⁶.

Em que pese os cidadãos, segundo as teorias do *Contrato Social*, estarem sujeitos às imposições do Estado brasileiro, em que medida estar-se-ia sendo eficiente a Administração Pública na sua prestação de serviços, dos mais basilares aos mais específicos?

Embora nas empresas estatais os objetivos podem ser os serviços públicos ou a exploração de atividade econômica (como se observará no capítulo seguinte), na Lei das Estatais (Lei n. 13.303/2016) existe expressa menção sobre a eficiência¹¹⁷ na alocação de recursos.

¹¹⁴ WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Editora Ática, 2011. p. 219-220.

¹¹⁵ Ibid. p. 119.

¹¹⁶ Ibid. p. 220.

¹¹⁷ Acerca da Eficiência o Parágrafo do artigo 27 da Lei n. 13.303/2016 é categórico: “A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar

A pesquisa propõe a reflexão desta indagação: A terceirização de mão de obra nas empresas estatais prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica não poderia, em certa medida, tornar mais eficiente a administração e o gerenciamento destas entidades da Administração Pública Indireta?

Esta exposição analítica inicial teve o condão de contribuir para o estudo, apontando o intervencionismo estatal, bem como pontuar reflexões acerca da gestão de recursos e da prestação de serviços de dá, ou não de maneira eficiente. O Estado federal, estadual ou municipal está muito presente no cotidiano da vida privada, sendo que praticamente em todas as atividades há alguma prestação participação, autorização, ou fiscalização do Estado. A proposta do trabalho é o de que a terceirização poderia, de certo modo, ser um método para tornar mais eficiente a Administração.

Seção 2. Considerações Sobre a Desestatização e as Empresas Estatais.

Espera-se interligar as proposições iniciais do intervencionismo e da descentralização do Estado na forma da Administração Pública Indireta com as empresas estatais.

Forma esta que, em razão das relações diretas com o mercado, tenderiam a uma otimização na prestação de serviços públicos ou de atividade econômica, desde que com observância dos preceitos de eficiência.

Portanto, nesta Seção, tratar-se-á da descentralização dos serviços públicos, no tocante às empresas estatais como direcionamento para a análise da terceirização no âmbito destas organizações empresariais do Estado.

Optou-se, no Primeiro Capítulo, por enfatizar a Reforma de Estado dos anos noventa 1990, mas as tentativas de descentralização tiveram início já no fim dos anos 70, início dos anos noventa com o Decreto n. 83.740/1979.

Em 1985, o Decreto 91.991 cria o Conselho Interministerial de Privatização, sendo sucedido pelo Conselho Federal de Desestatização pelo Decreto n. 95.886. Em 1995 são aprovadas as Emendas Constitucionais n. 5 a n. 8 que *autorizavam reformas legislativas tendentes à abertura ao capital privado de atividades antes*

*reservadas à atividade estatal*¹¹⁸. Seguindo o raciocínio de Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

Esta nova visão do papel do estado adota a descentralização como estratégia; impõe a diminuição do seu tamanho, envolvendo as questões de privatização, terceirização, e publicização; a recuperação de sua capacidade financeira e administrativa; a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora e fomentadora; e o desmonte do Estado prestador, interventor, e protecionista; o aumento da governabilidade.¹¹⁹

Desse modo, pode-se conceituar a descentralização como a transferência de determinadas atribuições estatais para outras pessoas, naturais ou personificadas juridicamente, sejam estas públicas ou privadas.¹²⁰

Por seu turno: a descentralização *por serviços, técnica ou funcional* é quando a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios criam:

Uma determinada pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público. No Brasil essa criação somente pode dar-se por meio de lei e corresponde, basicamente à figura da autarquia, mas abrange também as fundações governamentais, sociedades de economia mista e empresas públicas, que exerçam serviços públicos.¹²¹

Não serão objeto do presente estudo as autarquias, embora estas também terceirizem suas atividades. O foco serão as empresas estatais e a terceirização no seu ambiente.

De mesmo modo faz-se necessária, a conceituação de serviços públicos, bem como das empresas estatais, com o mote específico de analisar a terceirização como um instrumento como tentativa (eficiente, ou não) desta administração pública indireta, especificamente na terceirização das empresas estatais.

Nos próprios conceitos de Serviços Públicos na doutrina do Direito Administrativo há menção à descentralização destes serviços prestados pelo Estado/Administração Pública.

¹¹⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1998**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p 149-150.

¹¹⁹ Id. p. 150.

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Parcerias Na Administração Pública**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 43.

¹²¹ Id. p. 45.

Serviço Público é todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.¹²²

Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível pelos administrados prestado pelo estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - , instituído pelo estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.¹²³

Segundo Agustín Gordillo, a noção de serviço público teve seu nascimento na França, sendo caracterizada por certas atividades realizadas diretamente pela administração pública ou indiretamente através de concessionários. Estas prestações, a natureza jurídica dos contratos e convênios com o Estado, o regime jurídico eram a justificativa para a competência dos tribunais contenciosos administrativos.¹²⁴

No Brasil há previsão legal para a descentralização e para a terceirização dos Serviços Públicos. Além das autarquias e demais instituições públicas, os particulares, nas denominadas concessões¹²⁵ e permissões¹²⁶ públicas, também são autorizados nas delegações de serviços públicos através de contratos formalizados nas concessões e de autorizações não tão solenes, sendo que mais precárias nas permissões.

Desse modo, a partir da década de 1990 o Brasil visualizou e presenciou a descentralização, assim como a desestatização de inúmeros serviços prestados pelo

¹²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 294.

¹²³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 423.

¹²⁴ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Direito Administrativo**. 5ª ed. Tomo II. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. V1. Sobre o objeto e a finalidade do serviço público, assinala o mesmo autor que seu objeto é “a satisfação de uma necessidade coletiva”, a qual deve ser apreciada pelo legislador e não pelo juiz. Já “O objetivo do serviço público é, portanto, contingente e não servem para caracterizá-la em um nível teórico estável; dogmática carece de rigor, constitui um elemento objetivamente subjetiva apreciável.” (Id., tradução livre, p. VI-39)

¹²⁵ “Concessão de Serviço Público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo poder público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, cobrando-se dos próprios usuários do serviço” (Cf. MELLO. ob. cit. p. 446)

¹²⁶ “Trata-se de uma autorização, uma delegação aos particulares por ato unilateral da Administração Pública, com mais simplicidade, mais precariedade na execução” (Cf. MEIRELLES. *Direito Administrativo...* p. 350)

Estado. Vide o caso da Telefonia, da qual se utilizará como exemplo de descentralização para fundamentar a pesquisa.

A Emenda Constitucional n. 8 de 1995 suprimiu o monopólio estatal sobre as telecomunicações, uniformizou o regime de exploração dos serviços de telecomunicações, bem como criou a exigência de lei sobre a organização destes serviços e de uma Agência Reguladora¹²⁷ (ANATEL). Posteriormente, foi editada a Lei n. 9.472 de 16 de julho de 1997, alterada pela Lei n. 9.986 de 18 de julho de 2000, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações – LGT, a qual dispôs sobre a organização dos serviços e criando a Agência Nacional de Telecomunicações, a ANATEL.¹²⁸

Em 1998 se deu a desestatização do Sistema TELEBRÁS, após a efetiva instalação da Agência Nacional de Telecomunicações. Com o avanço da tecnologia, novos modelos de serviços atinentes às telecomunicações foram surgindo, os quais passaram a ser explorados, cada vez mais por particulares.¹²⁹

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE em 2005, cerca de 44,4%¹³⁰ (quarenta e quatro, vírgula quatro por cento) da população Brasileira (acima de dez anos) tinha celulares. Já em 2016 havia para cada 100 habitantes, o número de 118¹³¹ telefones celulares.

Há quem entenda que o Estado brasileiro não teria condições¹³² de investir em tecnologia para proporcionar a grande parte da população o serviço de telecomunicações, hoje muito difundido.

¹²⁷ Agências Reguladoras são autarquias, na definição de Marçal Justen Filho a “agência reguladora independente é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure a sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência para a regulação setorial, (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo...** p. 664)

¹²⁸ GROTTI. O serviço... p. 170.

¹²⁹ Id. p. 170-171

¹³⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Acesso à internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal, 2005.** Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv33982.pdf>>. Acesso em: mar. 2017.

¹³¹ Dados disponíveis em: <<http://www.teleco.com.br/estatis.asp>>.

¹³² Nesse sentido, um estudo da Universidade Federal de Pernambuco, pelo professor de Engenharia de Telecomunicações, assevera acerca da Telebrás: “A questão é que a Telebrás foi perdendo potência no decorrer dos anos, até chegar ao estado atual. Para atender a clientela de maneira adequada, precisaria instalar 11.000 terminais por dia, mas só está instalando 5.700. Para atingir essa meta, necessitaria investir 10 bilhões de dólares por ano, mas só tem fôlego para gastar 3,5 bilhões. Basicamente, é essa falta de investimento que sacrifica os brasileiros, num item em que a maior parte dos países está bem suprida”. (ALCÂNTARA NETO, Pedro de. **História das Telecomunicações no Brasil.** Disponível em: <http://www2.ee.ufpe.br/codec/Historia%20das%20comunicaes%20e%20das%20telecomunicaes_UPE.pdf>. Acesso em: mar. 2017.

Após décadas de baixo desenvolvimento tecnológico e de uma incapacidade estrutural de atender a uma histórica demanda reprimida por telefonia, o Brasil assume atualmente posição de destaque no mercado global de telecomunicações, passando a figurar entre os maiores mercados mundiais de serviços informacionais.

Além da tradicional telefonia fixa (43 milhões de linhas em serviço, em 2011), o mercado opera atualmente sobre plataformas multisserviços, com destaque para a telefonia móvel (242 milhões de linhas em serviço), banda larga para Internet (16,5 milhões) e televisão por assinatura (12,7 milhões). O crescimento acelerado na oferta de serviços também impulsionou a indústria de telecomunicações, fazendo com que fornecedores mundiais de equipamentos se instalassem no Brasil.¹³³

Novamente, o artigo acerca das telecomunicações no Brasil de MOCELIN E BARCELOS, referenda a quantificação numérica antes e depois da desestatização dos serviços de Telefonia no Brasil:

No início da década de 1990, todo o sistema de telecomunicações no Brasil era basicamente representado por 10 milhões de acessos telefônicos fixos, equivalentes à teledensidade de 7,1 acessos para cada 100 habitantes, situação que perdurava desde meados da década de 1980. Entre 1990 e 1996, com a oferta da telefonia móvel e da televisão a cabo, o setor passou a oferecer 19,3 milhões de acessos, em 1996, sendo 14,8 milhões na telefonia fixa, 2,7 milhões na telefonia móvel e 1,8 milhões na televisão por cabo. Desde então, a expansão do setor e a estruturação do mercado das telecomunicações representou significativo aumento na receita do setor, incrementada em mais de R\$ 127 bilhões, entre 1999 e 2008. Em 1999, a receita bruta do setor foi de R\$ 50,5 bilhões, crescendo anualmente em todo o período, até chegar a uma receita de R\$ 177,7 bilhões, em 2008. Nesse período, o mercado de telecomunicações movimentou R\$ 1,1 trilhões.¹³⁴

O brevíssimo recorte exemplificativo da desestatização dos serviços de telefonia, anteriormente compreendidos pelo Estado através de estatais como a Telepar S.A, serve como base para o estudo das empresas estatais, no que se refere, em certa medida, a deficiência na prestação de serviços pelo Estado.

¹³³ MOCELIN, Daniel Gustavo; BARCELOS, Régis Leonardo Gusmão. Tecnologia, competitividade e regulação: a estruturação do mercado das telecomunicações no Brasil. **Cad. CRH**, Salvador, v. 25, n. 66, p. 409-432, dez. 2012. Neste artigo, os autores afirmam, ainda “A expansão do setor ampliou o acesso da população aos serviços de telefonia e telecomunicações em geral. Em 2011, o número de acessos em serviços, nas telecomunicações, chega a 314 milhões, contabilizando os serviços de telefonia fixa, telefonia móvel, televisão por assinatura e banda larga para Internet. Em 1972, quando a Telebrás foi criada, todo o sistema de telecomunicações do Brasil era representado por 1,3 milhões de acessos, exclusivamente de telefonia fixa. Em vinte anos, até 1992, a Telebrás ampliou esse sistema para pouco mais de 10 milhões de acessos, que atendiam basicamente a instituições públicas, organizações empresariais e aos grupos mais privilegiados da população”(Id. p. 420)

¹³⁴ Id. p. 420.

A despeito das concessões, permissões e demais institutos que permitiram a descentralização do Estado em atividades econômicas ou não, as empresas estatais ainda perduram dentro da administração pública indireta.¹³⁵

A presente pesquisa antes de adentrar propriamente na terceirização das empresas estatais permeará a constituição e a natureza dessas empresas de forma breve, dado que não é o cerne da pesquisa as empresas públicas, sociedades de economia mista, dentre outras, mas a terceirização nessas organizações, seus problemas e perspectivas anteriormente e depois da Nova Legislação.

Nessa linha da pesquisa, a sociedade empresária pode ser conceituada como uma organização, uma entidade com personalidade jurídica própria, constituída com patrimônio próprio, com atividades empresariais e que objetiva o lucro.¹³⁶

O artigo 966 do Código Civil Brasileiro traz uma definição legislativa de empresário como “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços”.

Assim, a empresa é uma entidade que irá assumir os riscos inerentes do referido negócio, com profissionalismo e exercendo atividades empresariais, dentre as quais está a atividade econômica.¹³⁷

Esta atividade econômica, além de ser habitual, também deverá estar inserida a *economicidade*, a qual é relacionada com a finalidade de vantagem, lucro, bem como utilidade econômica.¹³⁸

¹³⁵ O termo Administração Pública indireta está relacionado com as empresas públicas, que segundo Adilson Abreu Dallari: “Na expressão empresas públicas estão compreendidas todas as entidades que integram a Administração Pública indireta ou descentralizada, criadas pelo poder público, com a utilização de recursos públicos em maior ou menor escala, dotadas de personalidade jurídica de direito privado e destinadas ao cumprimento de fins estatais. Ou seja, as sociedades de economia mista, as empresas públicas em sentido estrito e as fundações instituídas pelo poder público. Estão excluídas da expressão as autarquias, pois estas entidades, pelo fato de serem dotadas de personalidade jurídica de direito público, apresentam certas peculiaridades que as distinguem das demais entidades da Administração indireta e as aproximam muito mais dos órgãos da Administração direta.” (DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das empresas públicas. **Rev. adm. empres.**, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 87-98, set. 1979).

¹³⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹³⁷ A atividade econômica também está presente na definição de empregador da Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 2º. “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”

¹³⁸ Acerca da economicidade, OPUSZKA e KNOERR: “Quanto ao entendimento, habitualmente portadora do significado de medida do econômico, considerando para tal expressão o equilíbrio na relação custo-benefício. Quanto à função, a economicidade afirma-se como instrumento de interpretação e decisão para harmonizar dispositivos ideológicos passíveis de contradição(…)” (OPUSZKA, Paulo Ricardo; KNOERR, Viviane de Séllos. Reflexões sobre fundamentos neoclássicos da Economia para uma contribuição aos estudos de Direito Econômico. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo

De acordo com o entendimento de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, cabe ressaltar que a Constituição da República determinou a orientação de um modelo econômico lastrado na livre iniciativa no artigo 1º, IV, como um dos *fundamentos do Estado brasileiro*. Isso revela a opção pelo modelo privatista na repetição no artigo 170 acerca da livre concorrência, enfatizando-se em ambos a liberdade para se lançar ao mercado.¹³⁹

Feitas estas brevíssimas dicções as empresas, observa-se que com o advento da Lei n. 13.303 de 30 de junho de 2016, definiu-se de forma legal o conceito de empresa pública e sociedade de economia mista, nos artigos 3º e 4º, respectivamente:

Art. 3º Empresa Pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

Assim, as empresas estatais¹⁴⁰ são constituídas pelo capital oriundo do Estado, de forma exclusiva ou não, sendo que como objetivos prioritários tem-se dois grupos de públicos distintos: os *stakeholders*¹⁴¹, com suas demandas de

(Org.). **Reflexões da Economia Política para um Direito Econômico Brasileiro**. 1ª ed. Curitiba: Inst. Memória, 2015).

¹³⁹ GROTTI. O serviço... p. 136.

¹⁴⁰ "A expressão "empresa estatal" é utilizada para indicar um gênero de pessoas jurídicas de direito privado que se encontram sob o controle direto ou indireto de um ente político, constituindo-se num instrumento de exercício da função administrativa. Esse gênero compreende a empresa pública, a sociedade de economia mista e as empresas controladas." (JUSTEN FILHO. **Curso de Direito Administrativo...** p. 250.)

¹⁴¹ "*Stakeholder* em uma organização é qualquer grupo ou indivíduo que pode afetar ou ser afetado pela realização dos objetivos dessa empresa. *Stakeholder* inclui aqueles indivíduos, grupos e outras organizações que têm interesse nas ações de uma empresa e que têm habilidade para influenciá-la. (LYRA, Mariana Galvão; GOMES, Ricardo Corrêa; JACOVINE, Laércio Antônio Gonçalves. O papel dos stakeholders na sustentabilidade da empresa: contribuições para construção de um modelo de análise. **Rev. adm. contemp.**, Curitiba, v. 13, n. spe, p. 39-52, jun. 2009.)

interesse público e os *shareholders*¹⁴² com seus objetivos privados e interesse por lucro.¹⁴³

As empresas estatais são contabilizadas em 154 (cento e cinquenta e quatro) organizações em todo o território nacional de acordo com a publicação *Revistas das Estatais*, Publicação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão do Governo Federal.¹⁴⁴

Tanto nas empresas públicas, como nas sociedades de economia mista está presente a descentralização dos serviços públicos, dado que sua criação é realizada através de lei¹⁴⁵. Ambas são constituídas como pessoas jurídicas de direito privado.

O regime jurídico particular é a opção em razão da organização e da compatibilidade com as características industriais, comerciais, enfim, empresariais, *de determinados serviços públicos*.¹⁴⁶

A empresa pública é aquela em que o capital é integralmente constituído pelo Estado, exemplificativamente a Caixa Econômica Federal S.A., sendo que a sociedade de economia mista é aquela em que a constituição societária será formada pelo poder público e também pelo particular, como, por exemplo, a Companhia de Saneamento do Paraná - SANEPAR S.A.

A empresa pública poderá até comportar uma pluralidade societária¹⁴⁷, contudo o capital será originário somente do regime público. Para estas empresas

¹⁴² De acordo com o dicionário de Cambridge, *Shareholder* é uma pessoa que detém ações em uma empresa e, portanto, recebe parte dos lucros da empresa e do direito de votar sobre como a empresa é controlada. Disponível em <www.dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/shareholder>. Acesso em: mai. 2017.

¹⁴³ BARBALHO, Fernando Almeida; MEDEIROS, Janann Joslin. Transparência e legitimação de objetivos institucionais em empresas estatais: um estudo de caso sobre a Petrobras. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 12, n. spe, p. 469-493, ago. 2014.

¹⁴⁴ BRASIL, Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão. **Revista das Estatais**. jan. 2017. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes>>. Acesso em: jun. 2017.

¹⁴⁵ O artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu inciso XIX, estabelece que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

¹⁴⁶ DI PIETRO. **Parcerias...** p. 52. Embora a obra seja anterior a Lei 13.303/2016, a nova Lei atribui o regime privado, bem como a opção pela Lei das S/A, no que não lhe conflitar, conforme o artigo 7º da Lei “Aplicam-se a todas as empresas públicas, as sociedades de economia mista de capital fechado e as suas subsidiárias as disposições da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as normas da Comissão de Valores Mobiliários sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, inclusive a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado nesse órgão.”

¹⁴⁷ Conforme disposto no Parágrafo Único do artigo 3º: “Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno,

públicas inexistente a forma societária determinada ou obrigatória pela legislação, não havendo disposição expressa nesse sentido no artigo 3º da Lei n. 13.303 de 2016, compilado supra.

O que poderia ocorrer é que na lei de constituição de determinada empresa pública, esta deveria obedecer, observar uma pré-determinada forma societária.¹⁴⁸

Segundo Marçal Justen Filho, a definição de sociedade de economia mista é uma sociedade anônima sujeita a regime diferenciado, sob o controle da entidade estatal, cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público.¹⁴⁹

As sociedades de economia mista possuem a obrigatoriedade de serem constituídas por sociedade anônima, sendo esta regulamentada pela Lei n. 6.404 de 1976 (conforme determina o artigo 4º da Lei n. 13.303/2016), a qual é uma sociedade de capital, dado que não se está inserida nesse tipo societário a *affectio societatis*¹⁵⁰, uma vez que a identidade dos sócios é irrelevante.

Essa sociedade tem seu capital dividido por ações¹⁵¹, sendo que a responsabilidade dos sócios será limitada ao preço de emissão destas ações adquiridas ou subscritas.¹⁵²

A respeito da finalidade das empresas públicas, verifica-se uma divisão ou ainda, uma classificação de um lado as prestadoras de serviço público e de outro as exploradoras de atividade econômica. Tal classificação será útil para a análise da terceirização a ser realizada sequencialmente.

bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

¹⁴⁸ JUSTEN FILHO. **Curso de Direito Administrativo...** p. 262. Destaca-se que o artigo 7º orienta a observância às regras das Leis da Sociedade Anônima, bem como orientações da Comissão de Valores Mobiliários.

¹⁴⁹ Id. p. 263. A título de conhecimento histórico, segundo o autor o artigo 5º, inciso III do Decreto-lei 200, o qual tratava antes da nova lei as entidades estatais, a sociedade de economia mista é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta.” (Id. p. 263)

¹⁵⁰ Rubens Requião aderiu ao entendimento de que a *affectio societatis* deveria ser um elo, bem como uma vontade de colaboração ativa entre os membros da sociedade, sendo que este elo e esta vontade colaborativos se lastreiam na mútua estima entre os sócios da respectiva organização. (REQUIÃO, Rubens. **A Preservação da sociedade comercial pela exclusão do socio**. 1959. 276 f. Tese (Concurso à Cátedra de Direito Comercial) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1959.)

¹⁵¹ Ações são como unidades do capital social, uma fração do capital social, a qual dá ao seu respectivo titular a condição de acionista. Trata-se de um bem móvel, um título mobiliário (BORBA. **Direito Societário...** p. 211.)

¹⁵² JUSTEN FILHO. **Curso de Direito Administrativo...** p. 264.

As empresas estatais prestadoras de serviços públicos terão por característica a descentralização das atividades da administração pública. Nesse caso o Estado estará atuando em seu *próprio campo de ação*, executando uma atividade administrativa, ainda que por intermédio de uma empresa estatal. A esse procedimento se dá o nome de descentralização técnica.¹⁵³

Por seu turno, as empresas estatais exploradoras da atividade econômica são instituídas pelo Estado, a fim de que se concentrem para intervir na ordem econômica e assim competir dentro do mercado, atuando no campo dos sujeitos de direito privado. Desse modo, não há uma descentralização, mas uma atuação específica de uma atividade particular, realizada pela administração pública de forma indireta.¹⁵⁴

Dinorá Adelaide Musetti Grotti explicita que o artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil tem um conteúdo tradicional ao longo das Cartas Magnas antecedentes a 1998, no tocante à exploração direta da atividade econômica do Estado, a qual *deve se dar de em caráter excepcional e subsidiário*.¹⁵⁵

Acerca das modalidades existentes das empresas estatais, Marçal Justen Filho aponta as *empresas controladas* as quais são um *fenômeno inerente à ampliação da atuação estatal*. Trata-se de uma empresa estatal, na forma societária de pessoa jurídica de direito privado controlada por outra empresa estatal, em virtude de lei.¹⁵⁶

As empresas estatais subsidiárias, de acordo com a Lei n. 13.303 de 2016 em seu artigo 2º:

¹⁵³ FREIRE, André Luiz. **O Regime de Direito Público Na prestação de Serviços Públicos por Pessoas Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 309-310. Sobre o tema, André Luiz Freire, entende que embora a nomenclatura “empresas estatais prestadoras de serviços públicos” esteja consagrada, o autor subdivide o conceito, classificando como *empresas estatais executoras de atividades administrativas*, exemplificando-as como fomento e obras públicas. No tocante à descentralização funcional cabe ressaltar a menção a Maria Sylvia Zanella Di Pietro, conforme já referido na página 46 deste trabalho (DI PIETRO. Parcerias... p. 45).

¹⁵⁴ Id. p. 310.

¹⁵⁵ GROTTI. O serviço... p 133. Elenca os seguintes artigos correspondentes ao 173 da Constituição de 1998: art. 116 da Constituição de 1934; art. 146 da Constituição de 1946; art. 157, § 8º da Constituição de 1967 e artigo 163 da Emenda n. 1 de 1969.(Id. p. 133)

¹⁵⁶ JUSTEN FILHO. **Curso de Direito Administrativo**... p. 268. Verifica-se de acordo com a Lei 13.303 de 2016 no artigo 1º, § 6º que as empresas controladas também se submeterão “ao regime previsto nesta Lei a sociedade, inclusive a de propósito específico, que seja controlada por empresa pública ou sociedade de economia mista abrangidas” pelo alcance da Lei, definido pelo *caput* do artigo 1º.”

§ 2o Depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, cujo objeto social deve estar relacionado ao da investidora, nos termos do inciso XX do art. 37 da Constituição Federal.

§ 3o A autorização para participação em empresa privada prevista no § 2o não se aplica a operações de tesouraria, adjudicação de ações em garantia e participações autorizadas pelo Conselho de Administração em linha com o plano de negócios da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas respectivas subsidiárias.

Embora a atual Lei das Estatais traga disposições acerca da constituição das *empresas subsidiárias*, nem mesmo nela existe uma definição Legal para as estatais Subsidiárias, podendo estas ser, inclusive equiparadas com as empresas controladas já referidas supra. Conquanto, na esfera das estatais, em razão da ausência de definição, faz-se necessária análise de cada caso para formulação do sentido da expressão.¹⁵⁷

A expressão é regulada pela Lei das Sociedades Anônimas em seu artigo 251¹⁵⁸ no sentido de ser uma sociedade unipessoal e exclusivamente nacional.

Postas essas reflexões primárias acerca da constituição e conceituação das empresas estatais, continua-se a pesquisa com o foco nos objetivos e finalidades das empresas estatais de modo a refletir, em que medida estes objetivos estão adequados a eficiência do Estado.

Seção 3. As Empresas Estatais e Seus Objetivos.

Após uma breve análise das estatais na seção anterior, acerca dos objetivos das empresas estatais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta um conflito entre governo e particulares nas sociedades de economia mista no início do século XX, em razão de o poder público pretender pelo interesse geral e assim propugnar baixos preços à população e os particulares o intuito lucrativo.¹⁵⁹

Os objetivos das empresas estatais são ao mesmo tempo econômicos e de ordem pública, uma vez que em certa medida buscam entregar bens ou serviços

¹⁵⁷ JUSTEN FILHO. **Curso de Direito Administrativo...** p. 268.

¹⁵⁸ Artigo 251 da Lei n. 6. 404 de 1976 "Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira." De acordo com o artigo, há proibição da constituição dessa modalidade de sociedade por empresas estrangeiras. É uma sociedade unipessoal, não lhes sendo aplicáveis inúmeras determinações da Lei das S/A, em razão desta unipessoalidade. (BORBA. **Direito Societário...** p. 519).

¹⁵⁹ DI PIETRO. **Parcerias...** p. 52.

para o custeio e lucratividade, e por outra acabam por contribuir para uma implementação de *políticas públicas que inclui, por exemplo, melhoria de renda e desenvolvimento de setores econômicos*.¹⁶⁰

Alerta-se que essa duplicidade de interesses, ambos legítimos, poderia levar a ineficiências econômicas e de lucratividade, quando houver a imprescindibilidade de se cumprirem objetivos ou agendas políticas públicas. Exemplificativamente, torna-se comum as empresas estatais investirem e assim contribuírem nas pesquisas científicas em suas áreas de atuação, com o fim estratégico ligado ao Estado ou à sua própria autonomia na competitiva inovação tecnológica.¹⁶¹

Na época da constituição das sociedades de economia mista e das empresas públicas suas metas e suas finalidades são bem delineadas. Inicialmente, há uma efetiva cooperação entre o Estado e os gestores imbuídos da administração dessas empresas estatais. Todavia, ante o desenvolvimento da empresa, alguns problemas podem afetar a relação entre Governo e os gestores, tais como a não atualização dos objetivos da empresa; o engessamento pelo controle estatal e impeditivo de ações mais céleres; o conflito de interesses já referido nesta pesquisa.

Além dos conflitos de interesse público e de particulares, o comando e o controle das empresas influenciadas, assertivamente pelo Estado, normalmente não são os ideais para o mercado no qual a empresa estatal está atuando. O Estado deve procurar balancear esses conflitos, pois se, de um lado, a autonomia é necessária para uma boa performance financeira da empresa, do outro, problemas em relação à sensibilidade dos representantes e a vontade dos representados, bem como problemas relacionados à prestação responsável de contas poderão atrapalhar a gestão dessas empresas.¹⁶²

O conflito entre interesses pode e deve ser amenizado, uma vez que não pode ser crível que, dentre os atuais objetivos ou finalidades afetas ao desenvolvimento e às diretrizes de eficiência inseridas na Carta de 1988, o Estado tenha qualquer pretensão (excetuando-se as questões estratégicas, políticas, ou ainda de caráter extraordinário) de que uma sociedade de economia mista venha a

¹⁶⁰ BARBALHO. Transparência... p.472.

¹⁶¹ Id. p. 472.

¹⁶² MIRANDA, Rubens Augusto; AMARAL, Hudson Fernandes. Governança corporativa e gestão socialmente responsável em empresas estatais. **Revista de Administração Pública**, p. 1069-1094, FGV, Rio de Janeiro, 2011. p. 1073.

diminuir sua arrecadação, ou ainda, a sua lucratividade; quiçá a pretensão de que a empresa feche suas portas.

Nesse raciocínio observa-se que, tanto a Companhia de Saneamento do Paraná - SANEPAR S/A, assim como outras sociedades de economia mista (COPEL, CEMIG, Banco do Brasil, Cemig, dentre outras) tiveram o seu capital aberto em oferta pública de ações para aporte de recursos, sendo que suas ações são listadas e comercializadas na bolsa de valores de BMF Bovespa.¹⁶³

Não se pode afirmar que o intuito de uma sociedade de economia mista, de capital aberto (ou não), seja exclusivamente o administrativo. De igual sorte não se pode dizer que as empresas estatais somente buscam o bem público e o bem estar social, sendo-lhes, assim, vedada a persecução da lucratividade, posto que *todas as organizações estatais, qualquer que seja sua forma, tem o dever de ampliar sua eficiência operacional.*¹⁶⁴

Verifica-se na lição de Marçal Justen Filho referida acima, a aplicação do princípio da eficiência administrativa, consagrado pela reforma de 1990, precisamente no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Uma vez a empresa estatal constituída e operacionalmente ativa, esta deve buscar a eficiência que o mercado exige. Esta eficiência deverá ser traduzida em lucro, em benefícios à população como preços baixos, além de recursos e dividendos para o Estado.

Do contrário, apresentando-se uma ineficiência na condução das empresas estatais, representaria maiores e desnecessários custos ao Estado, fuga de investimentos, endividamentos, dentre outras formas de prejuízos ao erário público, bem com para população.

Nesse sentido, houve a adoção de novos métodos na administração destas empresas estatais, desde o advento do princípio da eficiência na Constituição da República, como, por exemplo, o denominado e já referido gerencialismo.

Essas inovações gerenciais trouxeram novas perspectivas como a denominada governança, termo utilizado na disciplina de Administração de

¹⁶³ Tanto a Copel S.A. (código da ação CPLE6), assim como a Sanepar (código da Ação SAPR4) são negociados no mercado de balcão da BMF BOVESPA S.A. (Disponível em <www.bmfbovespa.com.br>. Acesso em: mai. 2017)

¹⁶⁴ JUSTEN FILHO. **Curso de Direito Administrativo...** p. 267.

Empresas e Economia, e, também largamente adotado na Europa desde 2001, quando então lançado um documento “Governança Europeia: um Livro Branco”.¹⁶⁵

Emerson Gabardo afirma que o vocábulo governança teve pouco impacto no universo jurídico, contudo foi bem aceito nas cadeiras de economia e administração, além de se instalarem no mercado com o denominado “Instituto Brasileiro de Governança Corporativa” cujos fins são *aumentar o valor da sociedade, facilitar acesso ao capital e contribuir para sua perenidade e longevidade*.¹⁶⁶

Com o fim precípua de contribuir para a interdisciplinariedade desta pesquisa, colaciona-se um conceito de governança corporativa Rubens Augusto Miranda e Hudson Fernandes Amaral:

O termo governança se difundiu entre uma ampla gama de disciplinas; entretanto, sua popularização não foi acompanhada por uma maior clareza de significado. Ainda que seja um conceito com múltiplas interpretações, observa-se um predomínio de abordagens cuja proposta é discutir e propor políticas para a gestão de conflitos entre administradores e acionistas (proprietários). Nesse sentido, a ideia de governança corporativa aparece como o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre, principalmente, acionistas, conselho de administração e diretoria. Assim, na literatura, a governança corporativa surge com o objetivo de superar o chamado problema da agência causada pela separação entre propriedade e controle empresarial.¹⁶⁷

A despeito das críticas acerca do vocábulo governança, ou governança corporativa, percebe-se que as intenções que envolvem sua criação e adoção são benéficas à sociedade, se coadunando com uma sustentabilidade corporativa. Se a prática tende a trazer benefícios, qual a razão de não se aplicar nas empresas estatais?

A proposta de solução foi dada com a edição da Lei n. 13.303/2013, a qual adota, em vários de seus dispositivos¹⁶⁸, ações de Governança Corporativa, inclusive com a respectiva Terminologia:

Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

¹⁶⁵ GABARDO. **Interesse Público**... p. 116.

¹⁶⁶ Id. p. 116-117.

¹⁶⁷ MIRANDA, AMARAL. Governança... p. 1075.

¹⁶⁸ Conforme texto extraído dos dispositivos: Artigo 1º, § 3º; §4º; §7º; Artigo 6º; Artigo 7º, III; Artigo 9º §3º, II; Artigo 12, II, 18, I.

Novamente, valendo-se da interdisciplina da administração de empresas e suas diretrizes para uma contribuição ao presente estudo, colaciona-se uma pesquisa, anterior a edição da Nova Lei, realizada por Rubens Augusto Miranda e Hudson Fernandes Amaral em relação às premissas para as empresas estatais na Organização Para Cooperação e Desenvolvimento e Econômico:

Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico publicou em 2005 o *OCDE guidelines on corporate of State-owned enterprises*. Nesse documento apresentam-se seis diretrizes que o Estado e suas empresas devem seguir para garantir um empreendimento competitivo e responsável:

- 1) Garantir uma estrutura regulatória e legal efetiva para as empresas estatais;
- 2) O Estado deve agir como um proprietário;
- 3) Tratamento equitativo entre os acionistas;
- 4) Responsabilidade para com os acionistas;
- 5) Transparência nas demonstrações financeiras;
- 6) Responsabilidades bem definidas da diretoria¹⁶⁹.

Embora as diretrizes compiladas sejam importantes sob o olhar da eficiência como um todo, se concentrará naqueles mais próximos a este estudo.

Trazendo-se as diretrizes acima para o Estado brasileiro, ante o modelo social e intervencionista, entende-se que o item “01” (um), em certa medida está relativamente em consonância, dado que as empresas públicas e sociedades de economia mista estão inseridas no regime privado, igualmente com as empresas particulares, sem diferentes incentivos, sob o risco de se afastar investidores, observando-se os exemplos do sistema financeiro com a Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil e demais instituições particulares.

Na segunda diretriz, o Estado deve agir, sempre buscando a eficiência e o profissionalismo. Acerca do item “5” (cinco), convém destacar que a Controladoria Geral da União identificou, em 2010 que 10 empresas estatais brasileiras não cumpriam as regulamentações acerca da transparência nas informações, ou não disponibilizavam página específica no endereço eletrônico para dar publicidade aos gastos. Nesse tocante, a dificuldade na transparência da situação do empresarial estatal contribui para o questionamento da eficiência das empresas estatais.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Id. p. 1077.

¹⁷⁰ REZENDE, José Francisco de Carvallho; FONTES FILHO, Joaquim Rubens. Indutores de alinhamento estratégico: comparações preliminares sobre valor entre empresas de capital privado e empresas estatais no Brasil. **Revista de Administração Pública**, FGV, Rio de Janeiro, 2013. p. 698.

CAPÍTULO III. TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA NAS EMPRESAS ESTATAIS.

O último capítulo chega ao objeto específico da pesquisa, para se analisar algumas perspectivas e limites da terceirização de mão de obra nas estatais, diante da nova Lei. Mas, para isso, passa a análise de alguns apontamentos sobre as controvérsias existentes na terceirização, quando então “vigoravam” os dispositivos da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

A introdução se faz necessária, contudo, não se irão percorrer exaustivamente as questões históricas do seu início com o Taylorismo¹⁷¹ e o Toyotismo¹⁷², uma vez que o intuito é a análise no Brasil, assim como de um corte nas empresas estatais.

¹⁷¹ Sobre o Taylor, vale a extração do texto Raízes Renegadas da Teoria do Capital Humano, de Renato P. Saul: “As experiências de Taylor começaram a ser conhecidas em fins do século 19. Em 1903, ele divulgou uma memória sobre a organização científica nas oficinas e, em 1911, publicou seus *Princípios de administração científica*, proporcionando a mudança de direção decisiva e definitiva no comportamento do empresariado americano e, ao que tudo indica, abriu o caminho para a penetração das ciências sociais na estratégia empresarial.” (PAUL, Renato P.. As raízes renegadas da teoria do capital humano. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 12, p. 230-273, dez. 2004) Sobre o Taylorismo, continua o referido autor, “De acordo com Baritz, a substância da noção de gerência científica se estabelecia a partir da idéia de que o sistema produtivo deveria obedecer a determinadas normas e ser funcional. A maneira de colocar esta diretiva em prática era a subdivisão das tarefas nas menores unidades de tempo e movimento que fossem possíveis, para combiná-las como métodos de “gastos mínimos”. As destrezas no trabalho transferiam-se do trabalhador para o empresário, que as analisaria e as devolveria ao trabalhador em parcelas de modo que “os trabalhadores jamais voltariam a ser mestres em seus ofícios”. (Id.) Ainda sobre o Taylorismo: “O aperfeiçoamento do método taylorista, de início comparado por ele mesmo, em conferências que proferiu em Harvard por volta de 1909, a uma organização militar, operar-se-ia por intermédio de uma aliança com a psicologia experimental, inspirada em testes desenvolvidos pelo psicólogo alemão Hugo Münsterberg”(Id.)

¹⁷² “Para além de uma simples introdução de novas tecnologias, o toyotismo reorganiza a produção e implementa uma nova forma de relação entre capital e trabalho. Seu sucesso depende, em grande medida, de um consentimento ativo dos trabalhadores com a empresa e a produção; além de não questionar, eles também participam, sugerem, e buscam a otimização da qualidade e da produtividade. Uma das consequências imediatas para a organização dos trabalhadores é que o toyotismo combate o sindicalismo classista ou qualquer forma de organização e mobilização que coloque em oposição trabalhadores e patrões. (...)”

A terceirização ou a subcontratação é um dos componentes da via japonesa referentes à forma como se estruturam as relações interempresas no Japão. Trata-se de uma dinâmica de dependência mútua entre as empresas principais e as secundárias, fundamental para o sucesso do toyotismo. As empresas menores, no caso as subcontratadas, fornecem todo tipo de produtos às empresas contratantes, tais como: insumos, intermediários, embalagens, força de trabalho. Para atender às demandas das grandes empresas, as subcontratadas são obrigadas a fazer entregas em pouco tempo, aumentando a carga de trabalho dos seus funcionários. Também são forçadas constantemente a reduzir custos. (MARCELINO, Paula Regina Pereira, **Terceirização no Brasil e Na França**. Disponível em: <www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/segundosimposio/paulareginapereiramarcelino.pdf>. Acesso em: mai. 2017.)

Assim, inicia-se com algumas conceituações sobre a terceirização no âmbito do direito, bem como na administração de empresas como contribuição para o estudo interdisciplinar.

Seção 1. Terceirização, Considerações Iniciais.

Após o embasamento do primeiro capítulo, no qual se analisou o contexto reformista na década de 90, a qual permitiu a descentralização, a desestatização e a projeção para um desenvolvimento econômico (e com ele um crescimento substancial da atividade terceirizada); seguindo-se o segundo capítulo referente às empresas públicas; passará a análise da terceirização no Brasil. Posteriormente, irá se tratar da terceirização nas empresas estatais, problemas e perspectivas após a Lei n. 13.429/2017.

Primeiramente, é de bom alvitre sintetizar os conceitos propostos no presente estudo, sendo que na Subcontratação, ou terceirização verifica-se a seguinte definição como o processo de descentralização das atividades da empresa e valorização de vários setores da economia.¹⁷³

No entendimento de Maurício Godinho Delgado, sob o âmbito do Direito do Trabalho:

a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica do trabalho da relação justralhista que lhe seria conveniente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo de produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.¹⁷⁴

Na subcontratação se observa o importante viés econômico para as organizações empresariais, vez que as mesmas podem se concentrar na sua atividade de excelência ou essencial.

Assim, a terceirização, tanto na iniciativa exclusivamente privada, como nas empresas estatais é tida por uma ferramenta que visa propiciar maior eficiência nas organizações empresariais como um todo.

A terceirização consiste na aquisição de bens e/ou serviços especializados, de forma sistemática e intensiva, para serem integrados na condição de atividade meio à atividade fim da empresa compradora, permitindo a

¹⁷³ CAVALCANTE; JORGE NETO. **Direito do Trabalho...** p. 412.

¹⁷⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito Do Trabalho.** 5 ed. São Paulo: Editora LTr, 2006. p. 428.

concentração de energia em sua real vocação, com o intuito de potencializar ganhos em qualidade e produtividade.¹⁷⁵
A terceirização está inserida na ideia de mudança organizacional, pois esperado que após combiná-la com algumas destas técnicas de administração, a empresa terá possibilidade de lograr maior qualidade, flexibilização, desverticalização, dentre outras.¹⁷⁶

Observa-se que o instituto da subcontratação é uma importante estratégia para a empresa, contudo, na visão de muitos juristas, o *outsourcing* poderia acarretar alguns problemas aos trabalhadores ali inseridos, vez que o vínculo jurídico do contrato de emprego estaria com o prestador dos serviços de mão de obra, e não com o tomador do serviço, no qual o colaborador estaria prestando o serviço, conforme referendado supra.

Os problemas na relação de trabalho estariam representados desde a falta de pagamento e inobservância da legislação, como até fraudes nas quais o tomador não teria de responder por suas obrigações e responsabilidades¹⁷⁷.

A terceirização da mão de obra tem sido muito criticada no Brasil desde os idos dos anos 1990. Isso se deu, principalmente, por autores de formação sociológica, em razão da associação da *precarização do trabalho* com a crítica às técnicas e novas tecnologias de produção, atribuídas ao neoliberalismo e ao capitalismo.¹⁷⁸

Segundo Giovanni Alves, a precarização do trabalho não se deu apenas pelas dificuldades econômicas pós-governo Collor, mas *ao novo crescimento capitalista sob a era da mundialização do Capital*. A reestruturação produtiva se deu nas principais indústrias, gerando o *jobless growth*, que significa o crescimento da economia sem a respectiva repercussão na evolução da empregabilidade.¹⁷⁹

De mesmo modo, autores mais contemporâneos dão sua contribuição em sentido contrário à subcontratação de mão de obra, por entenderem que a terceirização é uma forma de flexibilização dos direitos do trabalhador e do próprio contrato de trabalho.

¹⁷⁵ GIRARDI, Dante. **A Terceirização Como Estratégia Competitiva nas Organizações**. Disponível em: <http://gelre.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Estudo_Terceirizacao.pdf>. Acesso em: mar. 2017. p. 10.

¹⁷⁶ GIRARDI. **A Terceirização**... p. 9.

¹⁷⁷ LÓPES, Manuel Carlos Palomeque; DE LA ROSA, Manuel Álvares. **Derecho Del Tabajo**. 10 ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002. p. 715.

¹⁷⁸ ALVES, Giovanni. O Novo e Precário Mundo do Trabalho. In: ANTUNES, Ricardo (Org). **Coleção Mundo do Trabalho**. São Paulo: FADESP, 2000. p. 246.

¹⁷⁹ Ibid. p. 248.

Esse procedimento, todavia, implica consequências mais amplas e profundas do que a propalada vantagem econômica e administrativa apontada pelas empresas. Por meio dele, há formação de novo exército de reserva que as empresas convocam e desconvocam segundo a necessidade da produção ou mesmo do serviço. Como o procedimento não ficou restrito à indústria e se estendeu às mais diferentes atividades, a mudança e alteração de trabalhadores se intensifica, aumentando esse exército de reserva.

Como estrutura prática funcional, a flexibilidade laboral pode adotar o modelo da flexibilidade interna ou da flexibilidade externa. Na flexibilidade externa, inserem-se os procedimentos que afetam diretamente a configuração da relação de emprego, mediante a adoção de contratos comerciais e civis e de subcontratos, dentre outros. Como explica Barroso, a flexibilização, nesses contratos leva à descaracterização do modelo-padrão de relação de trabalho e instaura relações indiretas de trabalho, mediante as subcontratações e a intermediação de empresas. Na flexibilidade interna, são contados trabalhadores terceirizados que, sendo empregados de outras empresas, as empresas de prestação de serviços ou as empresas de trabalho temporário, passam a trabalhar dentro da empresa contratante, na terceirizada.¹⁸⁰

Muito embora existam inúmeras opiniões que rechaçam a terceirização, ela é uma opção cada vez mais frequente tanto na esfera pública como na iniciativa privada. Desse modo, não se pode simplesmente criticar a terceirização, sem tentar, ao menos buscar alternativas, e ousando, soluções para melhorar tanto as condições dos trabalhadores, quanto a das empresas prestadoras do serviço.

Estas empresas prestadoras, em sua grande parte são micros e pequenas organizações responsáveis pela possibilidade dos tomadores, dentre os quais a Administração Pública indireta na forma de sociedades de economia mista e empresas públicas.

Há quem não visualize condições tão precárias ao trabalhador terceirizado e que a terceirização não seria o grande causador de malefício para a classe trabalhadora. Antônio Álvares da Silva, no artigo, *Terceirização: Um Tigre de Papel*:

Em vez de a empresa contratante e exercer ela própria determinadas atividades, prefere, por razões econômicas, financeiras, técnicas, mercadológicas, etc, delegá-las a outra, contratada para este fim. Está exercendo o direito de livre iniciativa que a Constituição lhe garante.

Se estivéssemos num país desenvolvido, este contrato seria um simples contrato de prestação de serviços, como muito outros. A empresa prestadora cederia os empregados necessários à prestação do serviço previsto contratualmente à empresa contratante e ambas estabeleceriam as condições livremente.

¹⁸⁰ CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. **Terceirização: Uma Expressão Do Direito Flexível Do Trabalho Na Sociedade Contemporânea**. 2012. 188 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2012. p. 111.

Os direitos trabalhistas dos empregados da prestadora, que já estão previstos na CLT, se complementariam na negociação coletiva. Como exercem atividade em outra empresa, esta também se torna responsável pelo pagamento dos salários e direitos, de maneira direta e solidária com a prestadora ou fornecedora da mão de obra.¹⁸¹

Verifica-se que a terceirização é um tema controvertido, atualmente e recentemente regulamentado pela nova lei da terceirização sancionada em abril deste ano.

Passa-se ao exame dos conceitos das atividades meio e fim das organizações. Nesse contexto há entendimento de que a denominada atividade meio pode ser definida como a de mero suporte não sendo a que tange a essencialidade do organismo empresarial, sendo, por conseguinte, a atividade fim a que está ligada a essência do que se propõe a empresa.¹⁸²

Há quem sustente que a atividade fim seria aquela afeta diretamente ao objeto social de empresa.¹⁸³

Um dos grandes problemas (resolvido pela edição da legislação e também por posicionamentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, que se verificará a seguir) afetos à terceirização, era a controvérsia sobre a possibilidade ou não da terceirização da atividade fim das organizações empresariais, antes da edição da nova lei que permite tal prática desde abril de 2017.

Inexistia legislação permissiva ou proibitiva acerca da atividade meio ou fim nas atividades terceirizadas, mas uma Súmula que vedava a referida prática.

A resposta legal para estas questões e controvérsias sobre o tema das atividades meio e fim afetas à terceirização ficou anos pendente, ante a ineficiência e omissão estatal em prestar aos cidadãos o serviço público de legislar. De modo que a aplicabilidade de uma suposta “regulamentação” recaiu ao Poder Judiciário por conta de seu ativismo e, assim, tentar solucionar o problema dando uma resposta à população.

Assim, durante décadas, a terceirização foi objeto de absoluta regulamentação pela Súmula de Número 331, criada em 1993, alterada em 2000, 2003 e com a redação de 2011¹⁸⁴ até a edição da Lei 13.429/2017.

¹⁸¹ SILVA, Antônio Álvares. **Terceirização**: Um tigre de papel. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/download/acs/artigos/terceirizacao_200415.pdf>. Acesso em: ago. 2016.

¹⁸² GARCIA. **Manual**... p. 172.

¹⁸³ POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização**: aspectos legais, trabalhistas e tributários. São Paulo: Atlas, 2000. p. 35.

Esta súmula funcionava como uma lei, inclusive para os órgãos da administração pública federal, estadual, distrital e municipal, inclusive para as empresas estatais.

Ante a falta de regulamentação pelo poder legislativo, o que restava para a população e para as empresas particulares e até para administração pública era o entendimento dos magistrados, inclusive com limites proibitivos de certas condutas como a subcontratação de atividades meio e fim¹⁸⁵, conforme os incisos I e III.

A Súmula, além de integrar tanto comandos de direito material, quanto de direito processual (condenações subsidiárias e solidárias entre as partes), também cercava de proibições e intervenções estatais na atividade privada, sem quaisquer discussões acerca do tema tais como audiências públicas ou participações de classe e popular.

Tratava-se, efetivamente, de um ativismo judicial interventivo, o qual somente foi possível em razão da ineficiência estatal para produzir normas que regulassem a matéria, cabendo a um poder ilegítimo a regulamentação da terceirização.

Desse modo, esta edição da Súmula tinha como alicerce e embasamento fático apenas e tão somente o que foi levado aos tribunais especializados do trabalho. Isso não ocorreu apenas na terceirização. Não é de hoje que, em razão da omissão do legislador o Tribunal Superior do Trabalho teve de intervir para dirimir

¹⁸⁴ Súmula nº 331 do TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 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.

¹⁸⁵ “A atividade meio pode ser definida como a *de mero suporte* não sendo a que tange a essencialidade do organismo empresarial, sendo, por conseguinte, a atividade fim a que está ligada a essência do que se propõe a empresa”. (GARCIA. **Manual...** p.172)

questões e lacunas existentes que poderiam e deveriam ser preenchidas pelo legislador.

Cita-se o caso da edição da Súmula 228 do TST, a qual tratava do adicional de insalubridade dizendo a Súmula que a indexação deveria ser sobre o salário base e não mais sobre salário mínimo, em razão da Súmula Vinculante de n. 04¹⁸⁶. O Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia da Súmula n. 228 com base na invasão de competência, uma vez que o TST não teria legitimidade para alterar o teor da legislação federal, no caso a CLT.

Não se olvide que na própria Consolidação das Leis do Trabalho as jurisprudências consolidadas servem como parâmetro para interposição de recursos ao Tribunal Superior do Trabalho, tal e qual o pressuposto da Constituição da República para a Interposição de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, a súmula 331 do TST funcionou como “regra”, dado que a terceirização não possuía até de 2017 uma regulamentação efetiva através de um texto legal positivado. Há quem entenda positivos alguns pontos desse ativismo:

Em especial, destaca-se a segurança jurídica proporcionada pelo Judiciário com fundamento na Constituição Federal. As decisões judiciais tidas por ativistas acabam, na prática, por solucionar conflitos sociais que, em razão da omissão legislativa e/ou executiva, permaneceriam sem solução. São casos como greve dos servidores públicos civis, terceirização de serviços, extinção do nepotismo, regras de eleição que, caso dependessem de seus verdadeiros legitimados, permaneceriam sem qualquer regulamentação.¹⁸⁷

A problemática que aqui se pondera seria a de até que ponto essa invasão de competência legislativa foi benéfica para toda a classe de jurisdicionados, principalmente em uma justiça especializada que se funda e se motiva em uma legislação que tem um viés fortemente intervencionista, como é a legislação trabalhista.

Observe-se que na justiça do trabalho, diante a quantidade significativa de súmulas e orientações jurisprudenciais, se tem, praticamente, duas espécies de legislações base para os direitos processuais do trabalho e material do trabalho,

¹⁸⁶ Súmula Vinculante n. 4 “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, www.stj.jus.br, acesso em junho de 2017)

¹⁸⁷ PRADO FILHO, Alexandre Vieira. O ativismo judicial na Justiça do Trabalho e a terceirização. **Revista Evocati**, 2014. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=607. Acesso em: set. 2016.

especificamente; sendo a Consolidação das Leis do Trabalho de um lado e a Jurisprudência Consolidada (súmula, OJs) de outro.

Não seria de todo equivocado dizer que se vive na justiça do trabalho, em certa medida uma verdadeira aplicação do *Common Law*. Isso, notoriamente em razão da lentidão e inércia dos poderes executivo e judiciário, exemplificando na própria terceirização cujo projeto de Lei Tramitou no Congresso Nacional desde 2004, mas foi abandonado, sendo aprovado um projeto de 1998.

A terceirização no Brasil enfrenta problemas, em razão da anterior não regulamentação e da aplicabilidade, durante décadas, de uma jurisprudência consolidada (Súmula) com força empírica de norma, editada por um Órgão Jurisdicional, o Tribunal Superior do Trabalho, o qual tem ao seu alcance apenas a visão processual da terceirização, sendo que na Próxima Seção, far-se-á um apanhado desse ativismo judicial e conjecturar-se-ão suas consequências, inclusive em relação à terceirização na Administração Pública.

De acordo com a proposta da pesquisa, está diante de uma análise da problemática da terceirização no tocante às Estatais, desse modo, inicialmente, faz-se necessária uma distinção entre concessões e terceirização, de modo que na próxima seção se prestará para este tópico distintivo.

Seção 2. A Diferenciação entre a Terceirização e as Concessões.

Não se pretende aqui o aprofundamento no âmbito das concessões na Administração Pública, mas apenas enveredar num recorte pertinente ao presente estudo, diferenciando-as da terceirização e averiguando a relação com as empresas estatais.

De antemão, cabem algumas considerações acerca das concessões no direito administrativo. As concessões públicas são um conceito antigo, contudo, atualmente são reguladas pela Lei 8.987 de 1995 e pela Lei n. 9.074 de 1995. Ainda com a Lei n. 11.079 de 2004, a qual trata das concessões patrocinadas e concessão administrativa.¹⁸⁸

Convém destacar que a concessão de serviço público tem diversos modos de se materializar, sendo que as diferentes modalidades de concessão não devem

¹⁸⁸ DI PIETRO. Parcerias... p. 63.

contemplar regras e soluções semelhantes. Dadas essas diferentes formas de concessão, não se poderiam aplicar as mesmas regras aos diferentescessionários cujas responsabilidades e extensões de seus encargos são também distintas.¹⁸⁹

No mesmo sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que no direito administrativo, a expressão *concessão* é usada em diferentes sentidos, dado que pode ter variados objetos, tais como a delegação da execução de um serviço público ou obra pública, utilização de um bem por entidades privadas, direitos reais de uso, ou ainda prestação de serviços à Administração Pública, dentre outros objetos.¹⁹⁰

De acordo com Egon Bockmann Moreira, o inciso II do artigo 2º¹⁹¹ da Lei n. 8.987 de 1995 trata da concessão comum de serviços públicos, dado que há exclusões geradas pelo inciso III do referido diploma legal, bem como pela Lei n. 11.079 de 2004¹⁹². Para o referido autor, concessão é:

Um vínculo jurídico complexo, instrumentalizado em contrato administrativo, pelo qual é outorgada a gestão, administração e execução de um serviço público a pessoa diversa daquela que legalmente o titulariza.¹⁹³

A título de contribuição para a pesquisa, outro conceito elaborado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sendo que para a autora, concessão de serviços públicos é:

o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.¹⁹⁴

Quanto à natureza jurídica do instituto, extraem-se as definições e lições de Egon Bockmann Moreira, no sentido de a concessão ser uma relação jurídica administrativa unitária e complexa. Administrativa, pois regulada e disciplinada pelo direito administrativo. Unitária dado a *consolidação* de três fatos: *é da interdependência do ato de outorga, o status regulamentar e o contrato*

¹⁸⁹ JUSTEN FILHO. **Curso de Direito Administrativo...** p. 713.

¹⁹⁰ DI PIETRO. *Parcerias...* p. 65.

¹⁹¹ Alerta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que o conceito legal definido no Inciso II o artigo 2º da Lei n. 8.987/1995 é inadequado por não trazer todos os elementos necessários para caracterizar este tipo de contrato, a saber “ a delegação de sua prestação feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre a capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.”(Id. p. 74)

¹⁹² MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público Inteligência da Lei 8.987/1995.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 87.

¹⁹³ Id. p. 89.

¹⁹⁴ DI PIETRO. *Parcerias...* p. 75.

administrativo que exsurtem a natureza e o regime jurídicos específicos à concessão de serviço público. Complexa, uma vez que deriva da *justaposição* de três elementos distintos: um ato administrativo de outorga, um regime estatutário exclusivo e um contrato administrativo especial.¹⁹⁵

Embora as concessões possam ser entendidas como outorga dos serviços públicos aos particulares, existe a possibilidade de as concessões também ser outorgadas às empresas estatais.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o Estado mantém, como na forma originária de concessão, *o poder de controle sobre o concessionário, inclusive na fixação de preços*; por outro lado, os riscos do empreendimento ficam por conta do concedente (próprio Estado) e não do concessionário, já que o Estado é o acionista majoritário da empresa. Segundo a autora, se esvairia a vantagem das concessões, qual seja a da prestação de serviços públicos sem a necessidade de investimentos por parte do poder público.¹⁹⁶

Feitas estas considerações iniciais acerca das concessões de serviços públicos, cabe, por ora diferenciá-la da terceirização, à luz do direito administrativo, para então se adentrar no escopo objetivo da pesquisa, a terceirização nas empresas estatais.

Esta distinção já foi objeto de publicação por Antonio Carlos Cintra do Amaral, explicitando o autor que na concessão existem *duas relações jurídico-contratuais*, a do poder concedente com o concessionário e outra entre o concessionário e o usuário do serviço objeto da concessão. Por seu turno, na terceirização existe uma *relação jurídico-contratual* entre a Administração Pública e a empresa contratada, a qual recebe do Estado e não do usuário a remuneração pela prestação do serviço.¹⁹⁷

Para Marçal Justen Filho, terceirização é a transferência para terceiros, promovida pelo agente econômico, do desempenho de certas atividades específicas necessárias à prestação do serviço ou à produção e circulação da mercadoria. Já no tocante à Administração Pública, o autor enfatiza que a terceirização envolve uma

¹⁹⁵ MOREIRA. Direito das Concessões... p. 89-91. Sobre ato administrativo complexo, Marçal Justen Filho aduz que se dá quando "a vontade da Administração se produz pela conjugação de órgãos distintos." (JUSTEN FILHO. **Curso de Direito Administrativo**... p. 372) No mesmo sentido se manifesta Celso Antonio Bandeira de Mello. (MELLO. Curso de Direito Administrativo... p. 263.)

¹⁹⁶ DI PIETRO. Ob. cit. p. 53.

¹⁹⁷ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de Serviço Público**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 34-35.

uma execução indireta do objetivo necessário visando a satisfação das necessidades administrativas.¹⁹⁸

Outro conceito de terceirização no escopo do estudo no direito administrativo, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, poder-se-ia dizer que a terceirização seria uma espécie de privatização, em sentido amplo da qual a Administração Pública acaba por se socorrer.¹⁹⁹ Afirma a autora ser a terceirização uma modalidade de parceria, na qual a vantagem se dá pela empresa contratada ser especializada em seu ramo, dando a tomadora do serviço, a capacidade de se concentrar em suas atividades preponderantes, reduzindo custos e encargos e, conseqüentemente a redução dos preços de seus produtos finais²⁰⁰.

Acerca da possibilidade de se contratar terceiros nas concessões, Antônio Carlos Cintra do Amaral²⁰¹ aponta o artigo 25, § 1º da Lei n. 8.987/1995:

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

Verifica-se que no Parágrafo subsequente ao 1º, o artigo 25 da Lei n. 8.987/1995, não há qualquer relação com o Estado e os terceiros ou subcontratados, estabelecendo-se a relação jurídica entre o Concessionário e o Terceirizado no regime do direito privado.

Muito embora o autor nominado supra também aponte certas confusões com as terminologias subcontratação e subconcessão, nas quais a primeira seria a terceirização não havendo qualquer relação entre o subcontratado e o Estado; e na segunda haveria um desmembramento na concessão, ao invés de uma concessão haveria uma pluralidade de concessões, e assim, todas com relação jurídica com o Poder Público²⁰².

Diante das assertivas delineadas acima, não se pode confundir os institutos da terceirização e das concessões públicas, uma vez que na terceirização, as em

¹⁹⁸ JUSTEN FILHO. **Curso de Direito Administrativo...** p. 798-799.

¹⁹⁹ DI PIETRO. **Parcerias...** p. 212.

²⁰⁰ *Id.* p. 213.

²⁰¹ AMARAL. *Ob. cit.* p. 29

²⁰² *Id.*

presas estatais, ou até mesmo a própria Administração Pública estarão contratando outro prestador sob o regime particular, privado, sem quaisquer relações de direito público entre este prestador de serviços terceirizado e o contratante.

Na terceirização haverá sim um contrato, precedido por licitação ou outro meio regulamentado, mas não uma concessão de serviços públicos sob o regime das leis respectivamente, 8.987 de 1995 ou 11.079 de 2004.

Assim, feitas essas considerações acerca das conceituações e das primeiras linhas da terceirização no Brasil, passa-se ao estudo do Ativismo Judicial, para uma compreensão da importância da edição de uma Súmula balizadora das terceirizações, em razão da omissão legislativa.

Seção 3. O Ativismo Judicial do Tribunal Superior do Trabalho.

Antes de ingressar na problematização da edição da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho realiza-se uma incursão no denominado ativismo judicial, bem como a utilização deste não só pelo Tribunal Superior do Trabalho, mas também pelo Supremo Tribunal Federal.

Para analisar o ativismo judicial, se deve permear as condições e omissões da legislação, as quais, muitas vezes, são a motivação e razão para o denominado ativismo judicial, dado que não acompanham a velocidade das mudanças da sociedade que clama por novas e necessárias regulamentações.

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.²⁰³

Antes de se adentrar ao ativismo do Tribunal Superior do Trabalho e do problema da ausência de legislação sobre a terceirização até abril de 2017, percebe-se a necessidade de dissociar o sistema positivista²⁰⁴ do *Common Law*, berço do

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p.23-32, 2012.

²⁰⁴ Acerca da terminologia conceitual do positivismo, embora o grande difusor para a Ciência do Direito seja Hans Kelsen, através da obra *Teoria Pura do Direito*: “O objeto da ciência jurídica é o direito”. (...) “ de forma menos evidente as normas jurídicas”... “ a conduta humana só o (objeto da ciência jurídica) é na medida em que é determinada pelas normas jurídicas como pressuposto ou consequência (KELSEN. **Teoria**... p.79), no texto *Augusto Comte e o Positivismo Redescobertos*, Gustavo Biscaia de Lacerda, traz o opúsculo de Peter Halfpenny *Positivism and Sociology* no qual se

ativismo judicial; muito embora, em razão da grande quantidade de jurisprudências consolidadas na esfera jurisdicional especializada do trabalho assemelhar-se ao sistema jurídico de origem anglo saxão.

Questiona-se se esse ativismo judicial beneficia ou prejudica os jurisdicionados e em que medidas, dada proposição: ausência de legitimidade funcional versus prejuízos pela omissão legislativa acerca da terceirização.

A ideia de Ativismo judicial está relacionada com possibilidade de atuação mais efetiva do Poder Judiciário, em funções que não lhe seriam próprias. Funções estas pertencentes a outros Poderes da República.²⁰⁵

Desse modo, chama-se a atenção para outras possibilidades de se nominar o Ativismo Judicial, assim como de dissociá-lo do âmbito puramente constitucional e assim inseri-lo, como pretende este texto, na especificidade da jurisdição federal laboral. Nesse espectro de raciocínio:

O termo tem distintas designações, como modelo ou programa para a decisão judicial, atitude ou comportamento dos juizes, ou ainda tendência das decisões judiciais em conjunto. Tal como o seu oposto, a contenção judicial, ele tem sido criticado por sua ambiguidade, dificuldades de utilização para analisar e classificar decisões particulares e carga valorativa.

elencam 12 (doze) conceitos de positivismo, a saber: “O Positivismo 1 é uma teoria da história em que os desenvolvimentos do conhecimento são tanto o motor da história quanto a fonte da estabilidade social (Comte 1). O Positivismo 2 é uma teoria do conhecimento de acordo com a qual o único tipo de conhecimento disponível para a humanidade é o da ciência baseada na observação (Comte 2). O Positivismo 3 é uma tese da unidade da ciência segunda a qual todas as ciências podem ser integradas em um único sistema natural (Comte 3). O Positivismo 4 é uma religião secular da Humanidade devotada à veneração da sociedade (Comte 4). O Positivismo 5 é uma teoria da história em que o motor do progresso que garante o surgimento de formas superiores de sociedade é a competição entre indivíduos crescentemente diferenciados (Spencer). O Positivismo 6 é uma teoria do conhecimento de acordo com a qual a ciência natural da Sociologia consiste na coleção e na análise estatística de dados quantitativos sobre a sociedade (Durkheim). O Positivismo 7 é uma teoria do significado, combinando métodos fenomenológicos e lógicos e obtida pelo princípio da verificabilidade, de acordo com o qual o significado de uma proposição consiste em seu método de verificação (Positivismo Lógico 1). O Positivismo 8 é um programa para a unificação das ciências, tanto sintática quanto semanticamente (Positivismo Lógico 2). O Positivismo 9 é uma teoria do conhecimento de acordo com a qual a ciência consiste em um corpus de leis universais interrelacionadas, verdadeiras, simples, precisas e de amplo alcance que são centrais para a explicação e para a previsão, à maneira descrita pelo esquema DN [dedutivo-nomológico] (Hempel). O Positivismo 10 é uma teoria do conhecimento de acordo com a qual a ciência consiste em um corpus de leis causais, a partir dos quais os fenômenos são explicados e previstos. O Positivismo 11 é uma teoria do método científico de acordo com a qual a ciência progride por meio de leis indutivas a partir de provas observacionais e experimentais (Bacon). O Positivismo 12 é uma teoria do método científico de acordo com a qual a ciência progride conjecturando hipóteses e tentando refutá-las, de modo que as conjecturas falsas são eliminadas e as corroboradas são retidas (Popper)”. (LACERDA, Gustavo Biscaia. Augusto Comte e o Positivismo Redescobertos. **Revista de Sociologia e Política**, vol. 17, n. 34, pp. 319-343, out. 2009. p. 328).

²⁰⁵ BARROSO. Judicialização... p. 27.

As controvérsias sobre sua utilidade foram acompanhadas de tentativas de teorização e refinamento conceitual em diversas disciplinas.²⁰⁶

Assim, embora o ativismo judicial esteja diretamente atrelado às questões constitucionais desde seu advento pós-segunda guerra mundial nos Estados Unidos²⁰⁷, o vocábulo expressional poderia ser adequado de forma ampliativa às questões infraconstitucionais e a outros órgãos jurisdicionais.

Sobre o tema já se apontou a possibilidade de se externar o alcance à esfera laboral, especificamente na jurisdição competente:

O panorama do ativismo judiciário permeia, como visto, por todos os ramos do direito. No direito do trabalho, igualmente, existem diversos exemplos da postura proativa do magistrado. São casos como o reconhecimento do direito de greve aos servidores públicos civis, a terceirização de serviços e a presunção de discriminatória a dispensa de empregado portador de doença grave.²⁰⁸

Ante ao que foi explicitado, reforça-se a possibilidade de o ativismo judicial ultrapassar as questões constitucionais no campo do Supremo Tribunal Federal, adentrando em questões infraconstitucionais, mormente uma série de fatores, tais como a inércia dos outros poderes da república, dentre outras motivações. Segundo KOERNER, o Ativismo Judicial foi assim denominado inicialmente por *Arthur Schlesinger ter, em 1947, num artigo na revista Fortune, e, desde então, seu uso vem crescendo*. As origens historicistas, no entanto, são um pouco mais remotas, conforme alguns exemplos explicitados no artigo de Luis Roberto Barroso, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática*, a saber:

Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953- 1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante

²⁰⁶ KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial?...* p.69.

²⁰⁷ BARROSO. *Judicialização...* p. 28.

²⁰⁸ Id.

ao direito de privacidade (Griswold v. Connecticut, 1965) e de interrupção da gestação (Roe v. Wade, 1973).²⁰⁹

Seguindo nas suas origens, faz-se necessário o estudo da inicialização do Ativismo Judicial no Brasil, o qual se deu, principalmente em razão da Constituição da República Federativa do Brasil, a qual conferiu ao Supremo Tribunal Federal o papel de protetor e guardião.²¹⁰

Dessa maneira, o ativismo judicial no Brasil se consolidou diante da atuação protagonista do STF na última década, notadamente no sentido de mediador de conflitos, assim como nas omissões legislativas, houve resposta do Supremo aos pleitos nele propostos:

Operando seus termos dúbios e seu projeto de ação social, o tribunal foi chamado a um verdadeiro papel de mediação de interesses e arbitramento de disputas entre atores políticos, sobretudo entre governo e oposição. Os exemplos disso abundam e, como eles demonstram eloquentemente, o tribunal não parece ter ficado omissos a esse chamamento. Ao revés, assumiu com cada vez mais clareza seu papel político, e passou a exercer sua competência de revisão constitucional com cada vez mais desenvoltura, quer no contexto do controle difuso, quer no do concentrado.²¹¹

Como exemplo de ativismo judicial em decorrência de omissão legislativa, cita-se o artigo do Ministro Gilmar Mendes, no qual há uma pesquisa específica acerca do Mandado de Injunção²¹² e sua mudança de paradigma, passando o entendimento do Supremo Tribunal Federal de mais efetividade, a saber:

Após o Mandado de Injunção n. 107, *“leading case” na matéria relativa à omissão*, a Corte passou a promover alterações significativas no instituto do mandado de injunção, conferindo-lhe, por conseguinte, conformação mais ampla do que a até então admitida.

No Mandado de Injunção n. 28332, o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados.

No Mandado de Injunção n. 23233, o Tribunal reconheceu que, passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a lei referida no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, o requerente passaria a gozar a imunidade requerida. Percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao mandado de injunção.

²⁰⁹ BARROSO. Judicialização... p. 26.

²¹⁰ VERÍSSIMO. A Constituição... p.412.

²¹¹ VERÍSSIMO. A Constituição... p.412.

²¹² Ação constitucional posto a disposição de quem se considere titular de qualquer dos direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis pela não existência de uma norma regulamentadora necessária e exigida pela Constituição. (SILVA. **Curso de Direito Constitucional...** p. 446);

As decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 283 (Rel. Sepúlveda Pertence) e n. 232 (Rel. Moreira Alves) e, ainda, no MI n. 28434 (Rel. Celso de Mello) sinalizaram para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial.²¹³

Ainda com base no referido estudo do Ministro Gilmar Mendes, enfatiza-se a questão relacionada com o direito a greve do funcionalismo público, o qual há regulamentação até os dias atuais. Como solução, o STF, nos Mandados de Injunção de N. Mandados de Injunção n. 670 e 708 entendeu que enquanto não houver legislação infraconstitucional que regulamentasse o direito a greve dos servidores, a Lei destinada a Iniciativa Privada, Lei n. 7.783/1989, passando a *aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário*.²¹⁴

Verifica-se nos exemplos referendados a mudança de um posicionamento no Supremo Tribunal Federal a fim de se postar a diante dos problemas a ele provocados, ocupando um papel protagonista, ativo no que tange às suas funções jurisdicionais. E em certa medida, como já referido e se referirá, a seguir, ultrapassando-as.

A efetiva participação do Supremo Tribunal Federal em decisões de chave como as relativas às células tronco, da união homoafetiva, demarcação de terras indígenas²¹⁵ dentre outras, não se pode negar que o ativismo judicial não invade a esfera da competência legislativa.

Na tese de doutoramento de José de Ribamar Barreiros Soares, *Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*, o autor, citando Kermit Rossevelt II e Robert Juul, assim se manifesta sobre o ativismo judicial:

Nessa linha, Kermit Roosevelt III (2006) aborda o ativismo judicial na Suprema Corte dos Estados Unidos, a partir de decisões que contrariam o pleno significado da Constituição para promover as preferências pessoais dos juizes, quando extrapolam o caso concreto e nas hipóteses de contrariedade de lei estadual ou federal. Nesse mesmo sentido Robert Juul (2000; p. 70) entende que o “ativismo judicial ocorre quando o judiciário ultrapassa a linha que separa as esferas judicial e legislativa”. Afirma ainda Robert Juul (2000; p. 71) que “nos Estados Unidos, a Constituição investe

²¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional.** Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf>. Acesso em: set. 2016.

²¹⁴ Id.

²¹⁵ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política.** 2010. 206 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Instituto de Estudos Sociais e Políticos (iesp), Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

apenas o Congresso na função de poder legislativo. Entretanto, a Corte Suprema continua a exercer poder legislativo por meio do uso de ficções e evasões”.²¹⁶

Cuida-se, portanto, de uma análise acerca das atribuições do Poder Judiciário e em que situações o ativismo judicial poderia ou não estar invadindo a esfera de competência dos outros poderes da república, notadamente no Poder Legislativo.

Propondo-se que o ativismo judicial invada a esfera de competência legislativa, ainda que as omissões legislativas ou executivas gerem infundáveis problemas à sociedade, onde estaria o limite dessas invasões? Haveria ou poderia haver consequências maléficas para essa mesma sociedade em razão dessas intervenções?

A presente seção não tem a pretensão de responder nem de esgotar as questões indagadas supra, conquanto, criar um ambiente para o debate acerca dessas indagações, principalmente no tocante ao Ativismo do Tribunal Superior do Trabalho, o qual há muito tempo, tem se valido de prerrogativas como edição de jurisprudências consolidadas as *Orientações Jurisprudenciais* e as *Súmulas* para interpretar os textos legais, bem como até para criar diretrizes em matérias que são objeto da omissão legislativa.

Algumas considerações se fazem necessárias no que se refere à história da criação do órgão jurisdicional, bem como da própria justiça do trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho foi definitivamente instituído em 1946, com a previsão no artigo 122 da referida Constituição vigente na época, muito embora a jurisdição trabalhista tenha sido organizada pelo Decreto-Lei n. 1.237 de 1939 e regulamentada pelo Decreto n. 6.596 de 1940²¹⁷ tendo como função a última e superior instância da justiça especializada federal do trabalho.

O Conselho Nacional do Trabalho precedeu o que atualmente é o Tribunal Superior do Trabalho, tendo o Conselho sido criado em 1923 pelo Decreto n. 16.027/23 e estava integrado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, tendo composição de 12 membros. Sua função era consultiva do Ministério e

²¹⁶ SOARES. **Ativismo...**

²¹⁷ MARTINS. **Direito do Trabalho...** p. 72-73.

também de instância recursal em matéria previdenciária, além de ter a competência para dispensa de servidores públicos que gozavam de estabilidade²¹⁸.

Como visto, as origens do Tribunal Superior do Trabalho são eminentemente administrativas, sendo que anteriormente era vinculado ao executivo. Somente em 1934 é que o Conselho Nacional do Trabalho passa ter a condição de órgão de cúpula da justiça do trabalho.²¹⁹ A justiça do trabalho, portanto, teve raízes inicialmente administrativas, vinculada ao Poder Executivo, assim como seu órgão superior. Com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, grandes reformas vieram, como a criação das juntas de conciliação e julgamento, as quais eram presididas por um agente nomeado pelo Presidente da República, sendo que posteriormente, transformar-se-iam nas atuais varas do trabalho.

A revolução de 1930 prometia uma profunda reforma nas relações de trabalho. Vitorioso, o governo de Getúlio Vargas promulgou, em pequeno interregno de tempo, grande número de leis trabalhistas. Em fins de 1932 foram criadas as Juntas de Conciliação e as Comissões Mistas de Conciliação, como órgãos administrativos. A Constituição de 1934 não os incluía entre os órgãos do Poder Judiciário, mas previa composição no artigo 122, parágrafo único: *A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição dos seus membros, metade pelas associações, representativas dos empregados e metade pelos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido dentre pessoas de experiência e notória capacidade intelectual.*²²⁰

A análise da função de ativista judicial do órgão de instância superior da justiça do trabalho, o qual, anteriormente o Supremo Tribunal Federal, vem desempenhando um papel de verdadeiro legislador nas matérias especializadas, em virtude de variados motivos, em especial, na terceirização.

Cumprе salientar e brevemente analisar um dos instrumentos base da aplicação das normas trabalhistas a Consolidação das Leis do Trabalho, datada de 1943. No texto legal reunido, há normas de direito material do trabalho, como a jornada de trabalho regulamentada no artigo 58²²¹, bem como regulamentação

²¹⁸ Ibid. p. 86.

²¹⁹ Id.

²²⁰ GIGLIO, Wagner; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3.

²²¹ "Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite" (BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho).

específica processual, exemplificada nos artigos 774²²² e 775²²³ referentes aos prazos processuais. Não há na Consolidação das Leis do Trabalho, quaisquer regulamentações sobre a terceirização.

A CLT não tem a sistematização de um código, mas é uma reunião de normas trabalhistas, as quais são utilizadas desde os anos 40, com alterações é bem verdade, mas que não acompanham a evolução e as mudanças da sociedade, bem como das relações econômicas e do trabalho, o que é fato notório e amplamente difundido em todos os meios midiáticos e de comunicação.

Nesse referido panorama de omissões, contradições e não sistematização da legislação, somadas a constantes inserções no ordenamento de outras leis esparsas como a Lei do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS coube, ao longo dos anos, ao Tribunal Superior do Trabalho a universalização e sedimentação das interpretações dos textos legislativos, bem como das omissões do legislador.

Existem inúmeros exemplos dessa atividade jurisdicional ativista, consoante a omissão legislativa, bem como a antiguidade da norma trabalhista, sendo que se apontarão alguns a fim de se embasar o presente estudo.

As denominadas jurisprudências consolidadas, compostas, prioritariamente por Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho são verdadeiras balizadoras dos entendimentos e prolações decisões dos Magistrados hierarquicamente inferiores àqueles que as editaram, sejam na primeira, ou em segunda instância.

Embora não vinculantes, havendo omissão legal ou divergência de interpretação de textos legislativos as súmulas e as orientações jurisprudenciais irão sem impor como forma de dirimir as dúvidas e até sanar lacunas existentes na legislação como se deu com a terceirização na Súmula de n. 331 editada em 1993

²²² “Art. 774 - Salvo disposição em contrário, os prazos previstos neste Título contam-se, conforme o caso, a partir da data em que for feita pessoalmente, ou recebida a notificação, daquela em que for publicado o edital no jornal oficial ou no que publicar o expediente da Justiça do Trabalho, ou, ainda, daquela em que for afixado o edital na sede da Junta, Juízo ou Tribunal” (BRASIL. Decreto-lei nº 5.452...).

²²³ “Art. 775 - Os prazos estabelecidos neste Título contam-se com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento, e são contínuos e irrelevantes, podendo, entretanto, ser prorrogados pelo tempo estritamente necessário pelo juiz ou tribunal, ou em virtude de força maior, devidamente comprovada. Parágrafo único - Os prazos que se vencerem em sábado, domingo ou dia feriado, terminarão no primeiro dia útil seguinte”. (BRASIL. Decreto-lei nº 5.452...).

pelo Tribunal Superior do Trabalho, com suas alterações até a edição da Nova Lei da terceirização.

Seção 4. Os Julgamentos da ADC n. 16/DF e o RE 760.931 pelo Supremo Tribunal Federal.

A seção precedente foi importante para alinhar o ativismo judicial na realidade brasileira, uma vez que irá se permear as decisões do Supremo Tribunal Federal que definiram os rumos da terceirização na Administração Pública, por conseguinte, também nas empresas estatais.

Não obstante o julgado do Recurso Extraordinário 760.931 sobre as terceirizações na Administração Pública, um dia antes da sanção da Lei n. 13.429 de 2017, o Supremo Tribunal Federal, quase dez anos antes, já alterava o entendimento da Súmula 331 editada pelo TST, pelo acórdão de 24 de novembro de 2010, na Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 do Distrito Federal, a qual julgou constitucional, por maioria o artigo 71, Parágrafo 1º da Lei de Licitações, Lei 8.666/1993.

Nesse referido julgamento se determinou a desoneração da responsabilização subsidiária automática da Administração Pública direta e indireta nas condenações dos tomadores nas terceirizações, no âmbito da Justiça do Trabalho.

Como já delineado na Seção 1 deste Capítulo, a terceirização no Brasil era regulada por uma Súmula de n. 331, editada pelo Superior Tribunal do Trabalho. Esta Súmula teve uma alteração em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal, referentemente à Ação Direta de Constitucionalidade n. 16, a qual julgou constitucional o Parágrafo 1º do artigo 71 da Lei n. 8.666 de 1993.

A redação anterior da Súmula, no seu item IV que tratava das condenações dos tomadores de serviço era a seguinte:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de 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.²²⁴

²²⁴ Item alterado pela Resolução n. 96 de 2000 do Tribunal Superior do Trabalho..

A Súmula alterada em 2000 interpretava expressamente de modo diverso a redação do artigo n. 71 da Lei 8.666/1993, que isenta as entidades públicas de responsabilidades por encargos oriundos do contrato de emprego.²²⁵

Observe-se a redação do artigo 71 da Lei das Licitações:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
 § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

A questão foi posta para a apreciação do Supremo Tribunal Federal se o no referido artigo compilado havia constitucionalidade no Parágrafo Primeiro, o que foi confirmado por maioria dos ministros que decidiram a ADI n. 16.

A decisão do Supremo Tribunal Federal obstou à Justiça do Trabalho a aplicabilidade da responsabilidade subsidiária para com a Administração Pública automaticamente, em razão do inadimplemento dos encargos laborais conforme o inciso IV da Súmula 331, Redação de 2000, já referido e compilado supra. Vide Ementa:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.²²⁶

A decisão, não foi unânime, vale destacar, primeiramente alguns trechos do Voto com fundamentos pela não responsabilização subsidiária automática da Administração Pública da Ministra Carmen Lúcia:

²²⁵ PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. **Súmulas do TST Comentadas**. 9 ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 284.

²²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADC: 16 DF, Relator: Min. CEZAR PELUSO, j. 24/11/2010, disponível em www.stf.jus.br, acesso em maio de 2017.

A previsão legal de impossibilidade de transferência de responsabilidade de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo particular não contraria o princípio da responsabilidade do Estado, apenas disciplinando a relação entre a entidade da Administração Pública e seu contratado.

(...)

Contudo, eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo da natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Principalmente, se tanto ocorrer, isso não se insere no campo da inconstitucionalidade do dispositivo em causa.²²⁷

Nessa base jurídica, acompanharam os demais Ministros Cezar Peluzo, que reviu seu voto, que inicialmente era pelo não conhecimento da Ação Direta de Constitucionalidade; Ministro Ricardo Lewandowski, com destaque para o entendimento de Marco Aurélio que previu a alteração posterior da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

A utilidade desse julgamento, a meu ver, é enorme, por que, como ressaltai, quando da edição do verbete, implicitamente, se projetou para o campo da inconstitucionalidade no disposto do artigo 71 do da Lei 8.666/1993, Lei de Geral de Licitações. Se avançarmos, e viermos a declarar a constitucionalidade do ato normativo – e acredito na ordem natural das coisas -, o próprio Tribunal Superior do Trabalho Reverá o Verbetes. E a consequência – digo até mais, porque se respeitam as decisões do Supremo – de uma possível glosa do referido verbete, será a retirada, desse mesmo verbete do mundo jurídico.²²⁸

A mudança prevista pelo Ministro Marco Aurélio, realmente acabou ocorrendo, após o julgamento. Houve uma alteração do *verbetes*, inciso IV, além da inclusão de 02 (dois) novos incisos na Súmula 331, a fim de se coadunar com a decisão do Supremo Tribunal Federal:

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.

²²⁷ Id.

²²⁸ Ibid.

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

O Tribunal Superior do Trabalho acatou a constitucionalidade do artigo 71 da Lei de Licitações, inserindo na Súmula que a Administração Pública deveria ser responsabilizada, somente se *evidenciada sua conduta culposa* no cumprimento de suas obrigações ao licitar com particulares.

Consequências prática de transferência do ônus probatório para o colaborador contratado da terceirizada inadimplida, bem como da desoneração do Estado, comparativamente com as tomadoras privadas, que, automaticamente são condenadas subsidiariamente de acordo com a Súmula que já superada pela Lei 13.429/2017.

Todavia, como contraponto ao entendimento majoritário do STF, cabe a ressalva no voto divergente o Ministro Ayres Britto:

Arguição Improcedente. Considero a norma inconstitucional pelo seguinte. A Constituição esgotou, exauriu as formas de recrutamento permanente para a Administração Pública. Exauriu. São três: concurso público, nomeação para cargo de comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, pronto. A Constituição não falou de terceirização. Eu defendo essa tese há muitos anos. A terceirização significa um recrutamento de mão de obra para a Administração Pública, finalisticamente é isso, é uma mão de obra que vai servir não a contratada, à terceirizada, mas a tomador do serviço, a Administração. E é um recrutamento de mão de obra inadmitido pela Constituição. Então se nós, durante todos esses anos, terminamos por aceitar a validade jurídica da terceirização, q e pelo menos admitamos a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que é a beneficiária do serviço, da mão de obra por interposta pessoa.²²⁹

Desse modo, embora vencido o Ministro Ayres Britto, este entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 71 § 1º, dado que não há previsão na Constituição Federal para a terceirização. Assim, entendeu pela condenação, ao menos, subsidiária do Estado, em razão do entendimento possível da terceirização na Administração Pública.

A decisão de 2010 forçou a alteração do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, desonerando a Administração Pública.

No mesmo caminho, foi a decisão recentíssima do Recurso Extraordinário n. 760.931, a saber:

²²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADC: 16 DF. acesso em maio de 2017.

O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 246 da repercussão geral, conheceu em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, a ele deu provimento, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux. Em seguida, o Tribunal deliberou fixar a tese da repercussão geral em assentada posterior. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.3.2017.

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia.²³⁰

Percebe-se a similitude ao que decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 do Distrito Federal, no tocante à questão da não responsabilização automática da Administração referente à condenação por inadimplemento de verbas de cunho laboral por parte do prestado de serviços.

A diferença está na ampliação da desoneração da decisão mais recente. Na decisão anterior de 24 de novembro 2010 na ADI n. 16, referendava-se apenas a questão relacionada à responsabilidade subsidiária, sendo que no Recurso Extraordinário n. 760.931, entendeu-se que tanto na forma subsidiária²³¹ quanto na solidária.²³²

Até a data do término da presente pesquisa, não foram disponibilizados os votos elaborados pelos Ministros para uma análise mais pormenorizada.

Nesse sentido, são julgados os processos em face da Administração Pública, incluindo-se as empresas estatais, atribuindo-se a eles o entendimento do inciso V da Súmula 331, em consonância com as decisões do Supremo Tribunal Federal no

²³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 760.931, Rel. Min. ROSA WEBER, j. 30/03/2017, disponível em www.stf.jus.br, acesso em maio de 2017.

²³¹ A responsabilidade subsidiária, no direito das obrigações, pode ser exemplificada na hipótese de um determinado indivíduo ser devedor originário e o outro sujeito também detém a responsabilidade por essa dívida, codevedores. Diante do fato de não ser possível executar o efetivo devedor, em razão do inadimplemento da obrigação, poderão ser executados os demais sujeitos envolvidos na relação obrigacional (codevedores) (GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78)

²³² A solidariedade pode ser passiva ou ativa, a mais comum no universo empírico jurídico é a passiva, na qual se insere a presente questão da pesquisa no tocante à Administração Pública. A solidariedade passiva é uma ferramenta, segundo a qual, quando existem mais de um devedor, o credor tem o direito de exigir e de receber de um ou de alguns dos devedores de forma parcial ou totalmente, a dívida comum. Segundo o Código Civil, a solidariedade não se presume, decorre de lei ou de iniciativa das partes.

qual se pode apenas condenar em razão da *culpa in vigilando*²³³ do Estado e não de forma automática.

O que se pretendeu com a pesquisa foi pontuar a responsabilização da Administração no tocante às verbas, a fim de se visualizar as repercussões dessas decisões.

Conclui-se que se de um lado, haverá uma desoneração para os cofres públicos, do outro, infere-se um aumento da possibilidade de não satisfação dos créditos laborais de trabalhadores terceirizados, quando a empresa prestadora de serviços vier a falir, ou, simplesmente fechar as portas.²³⁴

Seção 5. Breve Comparativo entre a Súmula 331 e a Lei n. 13.429/2017.

A principal mudança ocorrida com a edição da Nova Norma sobre as subcontratações, sem dúvida, foi a possibilidade da contratação dentro da atividade fim por meio de empresa interposta.

²³³ AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA CONCRETA IN VIGILANDO EXPRESSAMENTE CONSIGNADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 331, V E VI, DO TST. O item V da Súmula-TST-331 assenta o entendimento de que a responsabilidade supletiva, em casos de terceirização de serviços, só pode ser atribuída à Administração Pública quando evidenciada a **culpa in vigilando**. Com efeito, é possível verificar a conduta culposa do contratante, conforme destacado pelo TRT: "Tal condenação não decorre, simplesmente, do inadimplemento das verbas trabalhistas, mas sim da incúria da Administração Pública em fiscalizar, a contento, o cumprimento das obrigações sociais, nelas incluídas as trabalhistas, pela empresa fornecedora de mão de obra, caracterizando sua culpa "in vigilando", "ex vi" do novo entendimento jurisprudencial inserto no item V da Súmula n. 331 do TST.". Ademais, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação nº 13901, registrou que "Como o controle da regularidade da execução dos contratos firmados com a administração deve ser feito por dever de ofício, é densa a fundamentação do acórdão-reclamado ao atribuir ao Estado o dever de provar não ter agido com tolerância ou desídia incompatíveis com o respeito ao erário". Nesse contexto, inviável a admissibilidade do recurso de revista, pois a decisão recorrida encontra-se em consonância com o item V da Súmula 331/TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (grifei, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, AIRR - 505-87.2012.5.14.0411 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 29/06/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2016, origem www.tst.jus.br, acesso em junho de 2017)

²³⁴ Nesse sentido já na ADI n. 16 cujo julgamento foi em 24/11/2010, o Ministro Lewandowski "Eu tenho acompanhado esse posicionamento do ministro Cezar Peluso no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque realmente ela é decidida sempre no caso concreto, se há culpa ou não. Nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade (...), que são empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais que participam de licitações milionárias e essas firmas depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático e ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre no caso? Há claramente, está claramente configurada a culpa in vigilando e in eligendo da Administração, e aí, segundo o TST, incide ou se afasta, digamos assim, esse art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666." (LEWANDOWSKI, Ricardo, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADC 16 DF, Rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 24 de novembro de 2010)

Assim, a antiga “proibição” no entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos do Inciso I da Súmula 331 está superada pela redação a lei referida, sendo que ela altera a Lei do Trabalho Temporário, editada na década de 70, Lei n. 6.019 de 1974.

O artigo 1º da Lei Nova e o parágrafo 3º do artigo 9º do mesmo diploma foram sensivelmente alterados, colidindo com o anterior entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, no qual *A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços.*²³⁵

Este entendimento sumulado n inciso I, interpretado em conjunto com o Inciso III da mesma Súmula 331: *Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador*, proibia a subcontratação das atividades fim das empresas.

A proibição jurisprudencial da terceirização das atividades fim foi sacada do ordenamento em razão do artigo 1º da Lei Nova, combinado com o parágrafo 3º do artigo 9º, a saber:

Art. 1º As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante regem-se por esta Lei

Artigo 9º (...)

§ 3o O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.

Os dispositivos acima compilados criaram a possibilidade de as terceirizações se darem tanto nas atividades meio já permitidas, quanto nas atividades fim do tomador do serviço.

A nova norma também dividiu as empresas prestadoras de serviços em duas categorias, a empresa de trabalho temporário, a qual é *a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente* e empresa prestadora de serviço a terceiros, que por seu turno é *a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante, serviços determinados e específicos*²³⁶.

²³⁵ Inciso I da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

²³⁶ Id. art. 4 e 4-A, respectivamente.

Esta divisão é semelhante ao que preceitua a Consolidação das Leis do Trabalho no Parágrafo Primeiro do artigo 443, referentemente ao contrato de trabalho por prazo determinado:

§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

Veja-se que são hipóteses semelhantes, por exemplo, para substituição de um empregado que esteja em férias, ou afastado recebendo benefício da Previdência Social. Ou ainda, para o aumento transitório dos serviços motivado pelo aumento na produção ou de vendas natalinas. Por fim, para execução de serviços específicos, técnicos, previamente estipulados.²³⁷

Desse modo, a transitoriedade é palavra que determina o escopo da legislação de 1974, bem como sua recente alteração pela Lei n. 13.429/2017.

Essa transitoriedade fica evidente, não só com a continuidade do título empregado à legislação (Lei do Trabalho Temporário), mas também em razão da disposição do artigo 10, parágrafos 1º e 2º:

O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não. O contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram.

Observa-se, de mesma sorte, que a lei proíbe a recondução imediata da contratação do colaborador terceirizado, impondo uma carência de 90 (noventa) dias para a recontração do mesmo trabalhador, conforme disposto no parágrafo 5º do mesmo artigo 10:

O trabalhador temporário que cumprir o período estipulado nos §§ 1o e 2o deste artigo somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário, após noventa dias do término do contrato anterior.

Na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho não há (a Súmula ainda não foi cancelada pelo TST) menção a transitoriedade ou a uma imposição de tempo

²³⁷ DELGADO. Curso... p. 525.

determinado para o contrato na “autorização” das terceirizações da atividade-meio do tomador de serviço, conforme o inciso III:

Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância 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 personalidade e a subordinação direta.²³⁸

Desse modo, enfatiza-se o caráter extraordinário da contratação, uma vez que a legislação que autoriza a terceirização da atividade-fim, a faz, mediante um prazo pré-determinado na legislação específica em comento.

Alia-se a este novo entendimento legislativo o fato de que *qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário* assim como o Parágrafo Segundo do artigo 4-A que trata das empresas prestadoras de serviços, no qual dispõe que *não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.*

No tocante à mesma questão, na seara da administração pública, direta ou indireta, - escopo do presente estudo -, não há possibilidade de vínculo com o tomador Estatal, em qualquer hipótese (em observância do artigo 37 da Constituição). Isso não mudou com a nova legislação, em razão dos artigos compilados, bem como com o entendimento da Súmula n. 331, em seu inciso II *A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional.*

Mais, conforme referido no Capítulo (III) anterior, o Supremo Tribunal Federal no dia 30 de março de 2017, um dia antes da edição da Nova Lei, já havia decidido que a Administração não pode ser condenada de forma subsidiária, automaticamente, nas verbas eventualmente inadimplidas pela empresa de trabalho temporário, ou pela prestadora de serviços, conforme o julgamento do Recurso Extraordinário n. 760.931.

Destaca-se, ainda, que pela redação da Súmula 331, Inciso VI que nestas verbas, eventualmente inadimplidas, estariam inclusas as contribuições

²³⁸ TRIBUNAL SUPERIO DO TRABALHO, TST, **Súmula n. 331**, disponível em www.tst.jus.br, acesso em junho de 2017.

previdenciárias e demais tributos incidentes na relação contratual terceirizada, a saber: *A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.*

Significa dizer que o Tomador (incluindo-se a Administração Pública), eventualmente condenado subsidiariamente ao pagamento das verbas laborais na relação processual, teria de pagar os tributos incidentes, sem que houvesse uma legislação pertinente, violando-se o princípio da legalidade.

A Justiça do Trabalho é a competente para executar as contribuições na forma do artigo 114, VIII²³⁹, sendo inclusive já sedimentado pelo próprio STF desde 2001²⁴⁰, bem como neste recente julgamento que inclusive verbas relativas ao Imposto de Renda poderão ser objeto de cobrança na justiça laboral:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA, NOS TÍTULOS JUDICIAIS QUE PROLATAR, DEFINIR A INCIDÊNCIA OU NÃO DO DESCONTO DO IMPOSTO DE RENDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A Justiça Trabalhista, prolatora do título judicial, é competente para definir a incidência, ou não, dos descontos previdenciário e do imposto de renda. II - Agravo regimental a que se nega provimento.²⁴¹

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Execução de sentença. Parcelas decorrentes da condenação. Imposto de renda. Juros de mora. Justiça do Trabalho. Competência. 1. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento dos tributos incidentes sobre as parcelas tributáveis decorrentes da condenação, o que inclui a definição das verbas que compõem a base de cálculo do imposto de renda. 2. Agravo regimental não provido.²⁴²

²³⁹ “Art. 114, VIII - Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.” (BRASIL, Constituição Federal, art. 114, VII, disponível em www.planalto.gov.br, acesso em janeiro de 2017).

²⁴⁰ COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO - TÍTULO JUDICIAL TRABALHISTA - DESCONTOS PREVIDENCIÁRIO E DO IMPOSTO DE RENDA - CONTROVÉRSIA. Cumpre à própria Justiça do Trabalho, prolatora do título judicial e competente para a execução respectiva, definir a incidência, ou não, dos descontos previdenciário e para o imposto de renda. (STF, RE 196517, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 14/11/2000, DJ 20-04-2001 PP-00138 EMENT VOL-02027-09 PP-01845) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, www.stf.jus.br, acesso em janeiro de 2017)

²⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ARE 696358 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 17-12-2013 PUBLIC 18-12-2013, disponível em www.stf.jus.br, acesso em dezembro de 2016.

²⁴² Id. ARE 696411 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 26/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 18-06-2015 PUBLIC 19-06-2015 acesso em dezembro de 2016.

Referentemente ao imposto de renda, o Tribunal Superior do Trabalho acompanha²⁴³ o entendimento do Supremo Tribunal Federal, todavia, não há qualquer manifestação do Supremo sobre a responsabilidade tributária do tomador do serviço no tocante à condenação subsidiária oriunda da relação processual terceirizada.

Ocorre que a justiça laboral vem executando²⁴⁴ o tomador do serviço, inclusive a administração pública direta e indireta, na forma do Inciso V e VI da Sumula 331 do TST, mesmo sem qualquer legislação específica sobre a responsabilização tributária subsidiária do tomador dos serviços, ou decisão do Supremo Tribunal Federal que determine que as empresas tomadoras do serviço como responsável tributário, em caso de inadimplemento do prestador dos serviços.

A Lei do Trabalho Temporário n. 6.019 de 1974, recentemente alterada pela Lei n. 13.429/2017, prevê a solidariedade do pagamento das contribuições, na forma do § 7º do artigo 10, remetendo para o artigo 31 da Lei 8212/1991, respectivamente transcritos:

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

²⁴³ Nesse sentido, "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. RESTITUIÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. VALORES RETIDOS INDEVIDAMENTE PELO ESTADO MEMBRO. VIOLAÇÃO DO ART. 157, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O referido dispositivo da Carta Magna diz respeito à repartição de receitas tributárias, não fazendo nenhuma alusão à restituição do Imposto de Renda, cuja competência tributária pertence à União. Não, há, pois, discutir a matéria à luz desse dispositivo constitucional, se o que pretendem os exequentes, ao final, é a conclusão acerca da competência da Justiça Trabalhista para julgar a demanda. Como bem consignou o Regional, a regra da repartição de receitas não altera a relação jurídico-tributária estabelecida com a União, permanecendo na Justiça Federal a competência para julgar possível repetição de indébito. Agravo de instrumento desprovido. (Tribunal Superior do Trabalho, AIRR n. 33746-21.1986.5.18.0001, Relator Ministro: Vantuil Abdala, Data de Julgamento: 08/10/2008, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/10/2008, disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2017).

²⁴⁴ A ementa a seguir retrata: (...) Neste sentido, o entendimento sedimentado na OJ EX SE nº 12 do TRT da 9ª Região. II-CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS - EMPRESA TOMADORA - SÚMULA 331, IV, DO TST - CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA. Ao contrário do que argumenta empresa tomadora, condenada subsidiariamente (Súmula nº 331, IV, do TST), as parcelas previdenciárias e fiscais da condenação não se consubstanciam obrigação personalíssima da empresa empregadora (prestadora de serviços). Se, eventualmente, a empresa tomadora, em decorrência do reconhecimento da sua responsabilidade subsidiária, tiver que efetuar o pagamento das verbas deferidas ao reclamante, deverá efetuar os descontos previdenciários e fiscais sobre os créditos devidos ao obreiro e efetuar o respectivo recolhimento perante à União, bem como efetuar o pagamento da quota-parte das contribuições previdenciárias da empresa prestadora, por força do § 2º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993. (TRT-PR-08803-2007-006-09-00-6-ACO-09258-2011 - SEÇÃO ESPECIALIZADA, Relator: LUIZ EDUARDO GUNTHER, Publicado no DEJT em 18-03-2011, disponível em www.trt9.jus.br)

A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.

Destaca-se ainda a redação não alterada do artigo 16 da Lei n. 6.019 de 1974 no caso de falência da empresa prestadora ou de trabalho temporário:

No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.²⁴⁵

O Tribunal Superior do Trabalho já se pronunciou sobre a questão da responsabilidade pelo adimplemento da verba previdenciária²⁴⁶, especialmente, no tocante à limitação da condenação; contudo sem enfrentar o tema proposto no presente estudo, especificamente no tocante à terceirização.

Súmula nº 368 do TST. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO (redação do item II alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.04.2012) - Res. 181/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012

²⁴⁵ BRASIL, Lei n. 6.019/1974, ..., acesso em julho 2017, art. 16.

²⁴⁶ O Tribunal Superior do Trabalho, na Seção de Dissídios Individuais editou duas jurisprudências consolidadas acerca das contribuições previdenciárias e das respectivas responsabilidades, tanto nos acordos, como nas condenações, repise-se que silencia quanto à responsabilidade específica do tomador dos serviços na terceirização:

“Orientação Jurisprudencial n. 363. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. CONDENAÇÃO DO EMPREGADOR EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADO PELO PAGAMENTO. ABRANGÊNCIA (DJ 20, 21 e 23.05.2008) A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições social e fiscal, resultante de condenação judicial referente a verbas remuneratórias, é do empregador e incide sobre o total da condenação. Contudo, a culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte.” (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2017)

Orientação Jurisprudencial n. 368. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. ACORDO HOMOLOGADO EM JUÍZO. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PARCELAS INDENIZATÓRIAS. AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR TOTAL. (DEJT divulgado em 03, 04 e 05.12.2008) É devida a incidência das contribuições para a Previdência Social sobre o valor total do acordo homologado em juízo, independentemente do reconhecimento de vínculo de emprego, desde que não haja discriminação das parcelas sujeitas à incidência da contribuição previdenciária, conforme parágrafo único do art. 43 da Lei nº 8.212, de 24.07.1991, e do art. 195, I, “a”, da CF/1988.” (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2017).

I - A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição. (ex-OJ nº 141 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998) grifei.

II - É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo ser calculadas, em relação à incidência dos descontos fiscais, mês a mês, nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.713, de 22/12/1988, com a redação dada pela Lei nº 12.350/2010.

III - Em se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado no art. 276, §4º, do Decreto nº 3.048/1999 que regulamentou a Lei nº 8.212/1991 e determina que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição. (ex-OJs nºs 32 e 228 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 14.03.1994 e 20.06.2001).

Muito embora se verifique a edição de Súmula referente à limitação das cobranças e execuções das contribuições previdenciárias, repise-se não havia uma lei, decreto, ou até mesmo resolução específica para a responsabilização subsidiária na terceirização, no tocante às verbas previdenciárias.

A atual legislação embora tenha incluído a expressão *subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes* no artigo 10 § 7º, pode gerar dúvidas em relação à especificidade das contribuições (obrigações previdenciárias).

Diante das interpretações jurisprudenciais apontadas sobre o tema, acredita-se que a condenação subsidiária integrará o pagamento das verbas tributárias incidentes na relação laboral, sob pena de lesar não só o Estado (Fisco, Previdência Social), mas também o elo mais fraco dessa relação, o trabalhador terceirizado.

Assim, encerra-se a seção referente ao brevíssimo comparativo entre a Súmula de n. 331 e a nova Legislação de modo a tentar criar uma visão de perspectivas para as empresas estatais a despeito da Nova Legislação.

Seção 6. Considerações da Terceirização Do Ponto de Vista das Empresas Estatais.

A despeito dos julgamentos da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16-DF, E do Recurso Extraordinário n. 760.931 no Supremo Tribunal Federal, a Lei n. 13.303 de 2016, denominada Nova Lei das Estatais também previu a possibilidade

e, de igual sorte, uma regulamentação da prestação de serviços de terceiros em seu conteúdo nos artigos 28, 29 e 30.

Dispõe os artigos referidos sobre a prestação de serviços, nos quais a regra geral sempre será a licitação, conforme disposto no artigo 28²⁴⁷ da referida Lei das Estatais, bem como a dispensa do enquadramento na Lei n. 8.666 de 1993 nos casos expressamente excetuados nos dispositivos subsequentes.

O Artigo 28 ainda menciona algumas exceções à Lei das Licitações nos casos de prestação e execução de serviços de forma direta, ou ainda nos casos de que a *escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio*²⁴⁸ *definidas e específicas.*

De igual sorte os artigos 29 e 30 elencam uma série de dispositivos de dispensa do procedimento licitatório, além de serviços em obras de engenharia de custo total de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e outros serviços de custo total de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), conforme artigo 29. Define também dispensados alguns serviços técnicos e específicos, exemplificando na área educacional e na prestação de serviços jurídicos.

Observa-se, portanto, que a própria Administração Pública regulamentou a permissividade da terceirização dentro de seus entes, a fim de se coadunar com as práticas mais eficazes e eficientes.

Desse modo, estimula-se dentro do Estado a contratação de particulares, incentivando o empreendedorismo, geração de renda e até de empregos nestes serviços terceirizados.

Diante do escopo escolhido para este trabalho, a incursão de estudos acerca das empresas prestadoras de serviços às empresas estatais não será objeto da pesquisa, ainda que haja repercussões para a economia e de mesmo modo para as empresas estatais, delimita-se a pesquisa nesse sentido de não inclusão das

²⁴⁷ “Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30”

²⁴⁸ Oportunidades de negócio são especificadas pela própria Lei, no Parágrafo 4º do artigo 28 “Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3o a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.”

empresas prestadoras, não cabendo percorrer as consequências e efeitos para os empreendedores prestadores de serviços nas empresas estatais.

Da perspectiva do Estado e das Empresas Estatais, o futuro é extremamente promissor, dado às permissividades para a figura da terceirização, assim como a conjuntura jurídica propensa, notoriamente pelas respectivas benesses: 1. Não condenação subsidiária (STF, ADC 16-DF de 2010) e solidária (STF, RE 760.931 de 2017) direta e automática em caso de inadimplência do prestador dos serviços; 2. Lei 13.303 de 2016 permitindo se regulando as terceirizações dentro das Empresas Estatais; e 3. Lei n. 13.429 de 2017, que na alteração da Lei n. 6.019 de 1974 permite a contratação das atividades fim da empresa.

Os trabalhadores terceirizados, embora tenham direito às condições remuneratórias igualitárias conforme o artigo 12 da Lei 6.079/2017 e a Orientação Jurisprudencial n. 383 da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho, os quais serão tratados na Seção seguinte, não se igualam ao empregado direto da tomadora estatal, em razão da necessidade da realização do concurso público.

Desse modo, mesmo em eventual fraude ou ilícito cometido em uma empresa estatal, um terceirizado não irá adquirir vínculo empregatício em razão do óbice do artigo 37, II da Constituição da República Federativa do Brasil.

Muito embora os empregados das empresas estatais tenham a vantagens dos quadros de carreira e da decisão do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário n 589.998, a qual tornou obrigatória a motivação da dispensa unilateral de empregado por empresa pública e sociedade de economia da União, estados, Distrito Federal e dos municípios, no mesmo aresto de Repercussão Geral decidiu-se pela inexistência da estabilidade no emprego aos trabalhadores de empresas públicas e sociedades de economia mista.²⁴⁹

O direito a estabilidade, bem como a existência de Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) para desligamento é apenas é assegurado aos servidores públicos, conforme dispõe o artigo 41 da Constituição Federal. Desse modo, as empresas estatais não são proibidas de demitir os seus empregados (embora tenham de motivar), tampouco são obrigadas a promover PAD.

²⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE n. 589.998, Rel. Min. Roberto Barroso, p. 12 de setembro de 2013, julgamento pendente de embargos de declaração, disponível em www.stf.jus.br, acesso em junho de 2017.

O cenário criado pelos sucessivos fatos e atos acima referidos é extremamente favorável às estatais sobre vários pontos de vista, seja o estratégico, financeiro e econômico, posto que com a legalização da terceirização as estatais irão diminuir custos, podendo investir em melhorias para suas finalidades específicas, sejam elas econômicas ou de prestação de serviços públicos.

A redução de custos, não só de mão de obra nos serviços, mas de igual sorte redução nas condenações junto à Justiça do Trabalho, uma vez que as condenações subsidiária e solidária automáticas foram afastadas pelo Supremo Tribunal Federal, transferindo o ônus da prova para o empregado terceirizado para a culpabilidade da Administração Pública. Isto, desde a alteração da Súmula n. 331 em 2011, com a inclusão do Inciso V, no qual restringe a condenação subsidiária do Estado.

Portanto, se as empresas estatais seguirem os ditames permissivos da legislação e da jurisprudência da Suprema Corte Constitucional Brasileira, não terão quaisquer empecilhos ou problemas em contratar de forma terceirizada.

Desse modo, entende-se extremamente produtiva a terceirização para as empresas estatais, diante do cenário jurídico, legal e jurisprudencial.

De outro lado, uma situação que poderia afetar a condução das atividades na esfera empresarial estatal, sopesando-se a possibilidade de conflitos e perspectivas sobre a nova legislação, a saber:

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

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

Embora o artigo faça referência ao salário, é cediço que os empregados concursados das empresas estatais gozam de uma série de privilégios, sendo que a reflexão se dá em que medida essa “equivalência” seria perpetrada na Administração Pública Indireta, num cenário de possibilidade de se terceirizar a atividade-fim das tomadoras estatais?

Não se olvide do entendimento já sedimentado do Tribunal Superior do Trabalho na Orientação Jurisprudencial n. 383 da Seção de Dissídios Individuais de n. 1, a saber:

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

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.²⁵⁰

Desse modo, uma representatividade sindical efetiva e eficiente poderia ser uma solução para eventuais conflitos, referentes à remuneração e sua eventual disparidade.

Infelizmente, a perspectiva de uma alteração no princípio da unicidade sindical não é prioridade. Dificilmente haverá uma emenda constitucional para se alterar a sistemática de entidades de representação coletiva no Brasil.

Desse modo, cai por terra eventual competitividade entre associações representativas de categorias profissionais a fim de prestar uma melhor defesa e serviços para essas respectivas categorias, inclusive dos profissionais terceirizados nas estatais.

Para atuar no bojo das estatais, em que pese em alguns serviços haver a dispensa de licitação, os colaboradores terceirizados podem se deparar com um nível de profissionalização e de meritocracia elevado nas estatais.

Nesse sentido já se manifestou Raquel Dias da Silveira em sua obra *Profissionalização na Função Pública abrangendo tanto a produtividade quanto a perfeição do trabalho, sua adequação técnica para atingir os fins visados pelo Estado, com avaliação dos resultados*.²⁵¹ Sobre o mérito a autora citada afirma:

Mérito é a qualidade é a qualidade natural e intrínseca que reside em todo e qualquer indivíduo na escala social, inclusive no serviço público. A valorização do mérito, por meio da efetiva profissionalização da função pública é que se constitui no direito subjetivo do servidor.²⁵²

²⁵⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, Seção Especial de Dissídios Individuais I, Orientação Jurisprudencial n. 383. Disponível em www.tst.jus.br, acesso em junho de 2017.

²⁵¹ SILVEIRA, Raquel Dias da, **Profissionalização Da Função Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 73.

²⁵² Id. p.83.

Outra questão relacionada com a ótica dos trabalhadores é a garantia de recebimento de suas verbas decorrentes do contrato de emprego com o prestador de serviços e ainda da possibilidade do recebimento diante do Tomador.

Se da perspectiva das Empresas Estatais há uma premissa positiva, do lado proletário existe uma ressalva nessa condenação em razão das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, já referidas, uma vez que se condiciona a condenação da Administração Pública à prova de que o Estado agiu com culpa. E essa prova é de quem alega, no caso o trabalhador terceirizado.

Um caso que pode ser utilizado como exemplo é o da empresa Probank S/A, uma terceirizada que prestou serviços para a Caixa Econômica Federal e para o Banco do Brasil. Exemplifica-se abaixo a situação de que em razão da Massa Falida ter sido condenada, a respectiva condenação subsidiária da Caixa Econômica Federal:

RECURSO ORDINÁRIO DA 1ª RECLAMADA - PROBANK S.A. MASSA FALIDA. JUROS DA MORA. Estabelece o artigo 124 da Lei 11.101 /05 que os juros de mora são devidos até a data da declaração da falência. Posteriormente, sua exigibilidade fica condicionada à existência de recursos por parte da massa após satisfeito o débito principal, segundo for apurado pelo Juízo Universal da Falência. RECURSO ORDINÁRIO DA 2ª RECLAMADA - CEF. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Conforme entendimento consagrado pela Suprema Corte e seguido pelo C. TST, somente quando demonstrada sua conduta omissiva no que se refere ao dever de fiscalização das obrigações do contratado é que a Administração Pública deve ser responsabilizada subsidiariamente pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pelo prestador de serviços. No caso dos autos, não há elementos capazes de comprovar a fiscalização quanto às obrigações trabalhistas da contratada por parte da 2ª reclamada, ônus que lhe incumbia. Com efeito, não foram juntados quaisquer documentos relativos ao contrato em questão, estando evidenciada a conduta culposa do ente público no tocante à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas durante a contratualidade.²⁵³

²⁵³ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO, 2ª Região, RO n. 00002531720125020315, Rel. Des. Ana Maria Moraes Barbosa Macedo, j. 12/05/2015, disponível em www.trt2.jus.br, acesso em junho de 2017. No mesmo sentido o TST: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 331, V, DO TST. LIMITAÇÃO. Do quadro fático registrado no acórdão recorrido extrai-se que a condenação decorre da culpa in vigilando do tomador dos serviços. Com efeito, o TRT registra -...a Recorrente não logrou provar que cumpriu o dever de fiscalização quanto ao regular cumprimento do contrato celebrado com a empresa PROBANK S.A., inexistindo qualquer demonstração de que tenha desta exigido a comprovação de cumprimento das suas obrigações trabalhistas e sociais que -Ademais, a Recorrente, incorrendo, assim, em culpa in vigilando.- (f l. 146). Nesse contexto, inviável a admissibilidade do recurso de revista, pois a decisão recorrida encontra-se em consonância com o item V da Súmula 331/TST. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação nº 13901, registrou que -Como o controle da regularidade da execução dos contratos firmados com a Administração deve ser feito por dever de ofício, é densa a fundamentação do acórdão-reclamado ao atribuir ao Estado o dever de provar não ter agido com

Comprovou-se a culpa da empresa pública, uma vez que não houve a fiscalização por parte da Caixa Econômica Federal dos pagamentos pela Probank.

Todavia, não é sempre que há essa comprovação em razão da não fiscalização da Entidade Estatal Tomadora dos serviços, o Tribunal Superior do Trabalho já se posicionou recentemente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331 DO TST. CULPA IN VIGILANDO. NÃO EVIDENCIADA. Agravo de instrumento provido ante possível violação do artigo 71, caput e § 1º, da Lei 8.666/93. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ARTIGO 71 DA LEI 8.666/1993. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. CULPA IN VIGILANDO NÃO EVIDENCIADA. DECISÃO REGIONAL POSTERIOR À ATUAL REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST. Em que pese o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/1993 pelo Supremo Tribunal Federal (ADC 16, julgada pelo STF em 24/11/2010), não foi afastada, *in totum*, pela excelsa Corte, a responsabilidade subsidiária das entidades estatais tomadoras de serviços pela fiscalização do correto cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária na vigência do contrato administrativo. Subsiste tal responsabilidade quando existente sua *culpa in vigilando*, observada a partir da análise fática da conduta específica da administração pública. No caso em tela, todavia, o fundamento do acórdão regional está intrinsecamente ligado à tese de fiscalização ineficiente, o que, em última análise, implica condenação pelo mero inadimplemento, razão pela qual não há falar em responsabilidade subsidiária. Recurso de revista conhecido e provido.²⁵⁴

Mesmo sendo o aresto referente à matéria da Súmula 331, já se observou no Capítulo III, que o verbete se coaduna com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de a condenação do tomador estatal não ser automática e direta. Desse modo, transfere-se o ônus da prova da culpa para o Colaborador Terceirizado.

A motivação contida nas decisões do Supremo e na referida supra é a de a prestação do serviço terceirizado passou pela fiscalização do procedimento licitatório.

Contudo, e naquelas hipóteses (artigos 23 e 30 da Lei n. 13.303/2016, referidas neste Capítulo) onde se permite que o prestador de serviços terceirizados

tolerância ou desídia incompatíveis com o respeito ao erário.- Agravo de instrumento conhecido e não provido.”(TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, AIRR n. 2071-43.2010.5.20.0001, j. 24/09/2014, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte disponível em www.tst.jus.br, acesso em junho de 2017.

²⁵⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, RR n. 636-97.2014.5.04.0305, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho j.07/06/2017, disponível em www.tst.jus.br, acesso em junho de 2017.

nas estatais não precise passar pela licitação, como ficaria o colaborador terceirizado? De mesmo modo não haveria condenação automática da tomadora Administração Pública em caso de inadimplemento da empresa prestadora, como ocorre em face ao tomador particular.

Assim, embora haja mecanismos de proteção na Nova Legislação da terceirização tais como a necessidade de o Tomador fiscalizar o prestador, a responsabilidade subsidiária em relação às empresas estatais deverá ser comprovada pelo interessado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O presente estudo teve por objetivo permear as perspectivas e limites da terceirização no âmbito da Administração Pública Indireta, mais precisamente nas organizações empresariais estatais, a fim de contribuir e se adequar com o programa e linha de pesquisa Direito Empresarial e Cidadania.

Para este objetivo precípua, entendeu-se pertinente realizar uma incursão histórica nos anos 90, época da Reforma de Estado pela qual passou o Brasil, em que houve uma descentralização, desestatização e desoneração do Estado, a fim de se melhorar os índices econômicos brasileiros, bem como a prestação de serviços à população.

A pesquisa observou os preceitos bresserianos de modificação do *modus operandi* de gerenciamento deste “Novo Estado” proposto pela reforma ocorrida na década de 90. Para tanto, utilizou-se, como marco teórico a obra Bresser Pereira “A Reforma do Estado dos Anos 90” que fundamentou o movimento reformista, culminando com a Emendas Constitucionais e privatizações.

A referida reforma além de metas de desestatização, trouxe a tentativa da implantação do método do *gerencialismo* utilizados, anteriormente, Inglaterra de Margareth Thatcher e nos Estados Unidos da América de Ronald Reagan, na medida das suas individualidades e diferenças de estado.

Com novas técnicas de gerenciamento do Estado, foi inserido também o Princípio da Eficiência no artigo 37 da Constituição Federal.

Seguindo o raciocínio de desoneração do Estado o Capítulo inicial tratou do Princípio da Eficiência sobre o referido princípio e sobre a legitimidade e interesse do Estado, com a finalidade de se criar um panorama sobre a eficiência estatal e a necessidade deste Estado burocrático e ineficiente se descentralizar, desonerando-se de funções públicas e econômicas.

Importante frisar que sobre o tema eficiência, a despeito da revisão bibliográfica pesquisada, não se chegou à percepção de um significado definitivo e determinado da *eficiência* estatal. Inclina-se a pesquisa aos conceitos de eficiência de mercado, dado que as empresas estatais estão inseridas nesse meio, contudo não se pode olvidar dos objetivos sociais e estratégicos inseridos, dado a condição pública nelas inserida. Daí, também a razão da dificuldade de uma definição.

O que se almejou com o presente estudo foi alocar a terceirização de mão de obra como ferramenta para a proposição de se alcançar uma eficiência nas especificidades das atividades das empresas estatais.

Assim, o intuito do primeiro Capítulo é o de trazer um ponto de referência para o tema central, de modo que, embora a Reforma Estatal dos anos 90 tenha sido utilizada como uma resposta à crise, pondera-se que ela não conseguiu atingir todos os seus objetivos.

Considera-se, também, que embora o princípio da eficiência tenha sido inserido expressamente na Constituição da República, há uma dificuldade de implementar suas orientações e diretrizes em razão da própria imprecisão de conceituação e determinação da eficiência estatal, bem como dos limites do Estado.

A ponte inicial para o Capítulo II é a intervenção estatal visualizada no capítulo inicial, seguindo-se a uma coligação do Estado Social interventor (e muitas vezes ineficiente) com uma exemplificação da desestatização de sucesso da telefonia, caminhando para considerações sobre as empresas estatais no Brasil, sempre buscando a eficiência (ainda que de modo simploriamente comparativo).

Dentre exemplos intervencionistas, como a assimetria entre entes federativos e a Desvinculação de Receitas da União (DRU) e contrapontos de igual sorte exemplificativos de eficiência na desestatização pretendeu-se demonstrar conjecturando-se a possibilidade e probabilidade de uma má gestão dos recursos, em razão da impossibilidade de visualização da aplicabilidade de recursos propiciadas pela DRU.

Na abordagem sobre as empresas estatais no Brasil, na busca das suas finalidades e seus objetivos, pôde-se visualizar que a legislação atual se coaduna com os objetivos da iniciativa privada tais como governança corporativa, inclusive prevendo a possibilidade de terceirizações de mão de obra. A Lei n. 13.303/2016 prevê algumas prestações de serviços terceirizados que dispensam licitação, de modo a tratar a terceirização de forma mais livre e célere.

Propõe-se no trabalho sobre a problemática da terceirização sem uma lei sobre o tema terceirização, antes da Edição da Lei n. 13.429/2017, apontando-se questões relativas ao cenário jurídico da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Antes da edição da Lei, a terceirização nas estatais já havia sido objeto de Decisão no Supremo Tribunal Federal (ADC 16 e RE 760.931), que alterou o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho e a própria Sumula no sentido de não condenar subsidiariamente de forma automática a Administração Pública, chegando-se às conclusões descritas logo mais.

De uma comparação entre a Súmula n. 331, editada pelo Tribunal Superior do Trabalho e a Lei n. 13.429 de 2017, apontando-se os resultados favoráveis das terceirizações, nas empresas estatais. As razões e fundamentos deste cenário favorável à terceirização de mão de obra nas empresas estatais são: a) não se poder criar vínculo de emprego com os colaboradores terceirizados; b) em eventual inadimplemento da empresa terceirizada a condenação da empresa estatal não será automática, dependendo de prova de sua culpa, (dentre as quais a culpa *in vigilando*); c) as legislações atuais preveem a possibilidade da prática da terceirização de mão de obra tanto na Lei das Estatais (13.303/2016), quanto na Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/1974, alterada pela Lei n. 13.429/2017) a qual possibilitou a subcontratação de atividade fim.

Desse modo as perspectivas das empresas estatais são promissoras, no tocante à terceirização de suas atividades, primando pela eficiência, otimização e redução de custos (incluindo o erário público).

A Lei das Estatais dispensa de licitação em alguns casos da terceirização, inclusive da mão de obra, o que daria maior celeridade aos contratos, bem como insere a responsabilidade e governança corporativa, contribuindo para eficiência na prestação de serviços públicos.

A nova modalidade abarcada pela Legislação as empresas de serviços específicos poderão alocar investimentos a fim de criar mais empregos e melhorar o cenário da economia e mercado.

É inegável que a terceirização de mão de obra é um instituto utilizado mais do que presente no mercado na Administração Pública. No ambiente jurídico brasileiro atual está regulada e permitida, sendo que este neste estudo, até o momento, encontrou perspectivas favoráveis ao seu manejo nas estatais, seja pelas decisões permissivas do Supremo Tribunal Federal, seja pela nova legislação pertinente.

Diante dos limites existentes, a pesquisa sobre a terceirização nas estatais até aqui propõe que seus optantes e usuários utilizem-na com parcimônia, licitude,

observando-se os preceitos de governança corporativa, função e responsabilidade sociais; de modo a contribuir para uma eficiência, seja na prestação de serviços públicos seja na exploração de atividade econômica.

REFERÊNCIAS.

ABRUCIO, Fernando Luiz. Desafios Contemporâneos para a Reforma da Administração Pública Brasileira. In: PETERS, Guy; PIERRE, Jon. (Org.). **Administração Pública**. São Paulo: Unesp, 2010.

ALCÂNTARA NETO, Pedro de. **História das Telecomunicações no Brasil**. Disponível em: <
http://www2.ee.ufpe.br/codec/Historia%20das%20comunicaes%20e%20das%20telecomunicaes_UPE.pdf>. Acesso em: mar. 2017.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, balanceamento e racionalidade. **Ratio Juris**, vol. 16, n. 2, jun. 2003.

ALVES, Giovanni. O Novo e Precário Mundo do Trabalho. In: ANTUNES, Ricardo (Org). **Coleção Mundo do Trabalho**. São Paulo: FADESP, 2000.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de Serviço Público**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 34-35.

ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. **Weber e o Direito**: racionalidade e ética. 1995. 228 f. Dissertação (Mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 1995.

ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 29, Dialética, 2013.

BAGATTOLLI, Carolina. **Reforma de Estado**: críticas ao modelo gerencial. Disponível em: <
<http://www.cgca.com.br/userfiles/file/Cr%C3%ADtica%20%C3%A0%20Reforma%20gerencial%20do%20Estado%2030out09%20Carolina.pdf>>. Acesso em: jan. 2017.

BARBALHO, Fernando Almeida; MEDEIROS, Janann Joslin. Transparência e legitimação de objetivos institucionais em empresas estatais: um estudo de caso sobre a Petrobras. Cad. EBAPE.BR, Rio de Janeiro, v. 12, n. spe, p. 469-493, ago. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p.23-32, 2012.

BASTOS FILHO, Jenner Barretto. **O problema epistemológico do reducionismo**. In: I Encontro Estadual de Ensino de Física, 2005, Porto Alegre. Disponível em: <
[http://www.if.ufrgs.br/mpef/ieeefis/POS-ESCRITO A REDUCIONISMO PORTO ALEGRE NOV_2005.pdf](http://www.if.ufrgs.br/mpef/ieeefis/POS-ESCRITO_A_REDUCIONISMO_PORTO_ALEGRE_NOV_2005.pdf)>. Acesso em: jan. 2017.

BERCOVICI, GILBERTO, O Papel Recente do Estado Brasileiro no Capitalismo Brasileiro. p.279, **Estado, Planejamento e Administração Pública no Brasil – 2015** Instituto Municipal de Administração Pública. pp.267-288, Curitiba, 2016.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; CORRÊA, Felipe Abu-Jamra, **Responsabilidade social da empresa e as ações afirmativas**: implicações do estatuto da igualdade racial. 1 ed. Curitiba: JM, 2012.

BIN, Daniel. Macroeconomic policies and economic democracy in neoliberal Brazil. **Economia e Sociedade**, 2015, vol. 24, n.3, p. 513-539.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL é o país com a maior carga tributária da América Latina, diz OCDE: Relação entre impostos e PIB ultrapassa a média da OCDE. **O Globo**. Rio de Janeiro. 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/brasil-o-pais-com-maior-carga-tributaria-da-america-latina-diz-ocde-15557772>>. Acesso em: abr. 2016.

BRASIL, Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, disponível em www.planalto.gov.br, acesso em maio de 2017.

BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-lei n.5.452 de 1º de maio de 1943, disponível em www.planalto.gov.br, acesso em maio de 2017.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, disponível em www.planalto.br, acesso em junho de 2017.

BRASIL, Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976, disponível em www.planalto.gov.br, acesso em maio de 2017.

BRASIL, Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993, disponível em www.planalto.gov.br, acesso em junho de 2017.

BRASIL, Lei n. 8.212 de 24 de julho de 1991, disponível em www.planalto.gov.br, acesso em junho de 2017.

BRASIL, Lei n. 8.987 de 15 de julho de 1995, disponível em www.planalto.gov.br, acesso em maio de 2017.

BRASIL, Lei n. 13.303 de 03 de junho de 2016, disponível em www.planalto.gov.br, acesso em junho de 2017.

BRASIL, Lei n. 11.079 de 30 de dezembro de 2004, disponível em www.planalto.gov.br, acesso em junho de 2017.

BRASIL, Lei n. 13.429 de 31 de março de 2017, disponível em www.planalto.gov.br, acesso em junho de 2017.

BRASIL, Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão, **Revista das Estatais**, Ed. 1, Janeiro de 2017. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes>. Acesso em junho de 2017.

BRASIL. Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima. **Histórico**. Disponível em: <<http://www.rffsa.gov.br/principal/historico.htm>>. Acesso em: jan. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADC n. 16 DF**, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001., disponível em www.stf.jus.br, acesso em junho de 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ARE 696358** AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 03 de dezembro de 2013, disponível em www.stf.jus.br, acesso em maio de 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ARE 696411** AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 26/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 18-06-2015 PUBLIC 19-06-2015 acesso em dezembro de 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **RE 196517**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 14 de novembro de 2000 disponível em www.stf.jus.br, acesso em janeiro de 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **RE n. 760.931**, DF, Rel. Min. Rosa Weber, j. 30 de março de 2017, disponível em www.stf.jus.br, acesso em maio de 2017.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, 2ª Região, **RO n. 00002531720125020315**, Rel. Des. Ana Maria Moraes Barbosa Macedo, j. 12/05/2015, disponível em www.trt2.jus.br, acesso em junho de 2017.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, 9ª REGIÃO, **ACO N. 09258-2011**, Rel. Des. Luiz Eduardo Gunther, p 18 de março de 2011, disponível em www.trt9.jus.br, acesso em junho de 2017.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, **Súmula n. 331**, disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2016.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, **Súmula n. 368**, disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2016.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Sessão de Dissídios Individuais I, **Orientação Jurisprudencial n. 363**, disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2016.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Sessão de Dissídios Individuais I, **Orientação Jurisprudencial n. 368**, disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2016.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Sessão de Dissídios Individuais I **Orientação Jurisprudencial n. 383**, disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2016.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, **AIRR n. 33746-21.1986.5.18.0001**, Rel. Min. Vantuil Abdala, j. 08 de outubro de 2008, disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2016.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, **AIRR n. 2071-43.2010.5.20.0001**, j. 24/09/2014, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte disponível em www.tst.jus.br, acesso em junho de 2017.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, **RR n. 636-97.2014.5.04.0305**, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho j.07/06/2017, disponível em www.tst.jus.br, acesso em junho de 2017.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Lua Nova, 1998, n.45, pp.49-95.

BRESSER PEREIRA, **Macroeconomia da estagnação: crítica da ortodoxia convencional no Brasil pós 1994**, Editora 34, São Paulo, p. 26, 2007.

CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. **Terceirização: Uma Expressão Do Direito Flexível Do Trabalho Na Sociedade Contemporânea**. 2012. 188 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2012.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do Trabalho**. Tomo I e II. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das empresas públicas. **Rev. adm. empres.**, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 87-98, set. 1979

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito Do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Editora LTr, 2006.

DIAS, Fernando Álvares Correia. O que é e para que serve a desvinculação de receitas da União (DRU)?. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/12/05/o-que-e-e-para-que-serve-a-desvinculacao-de-receitas-da-uniao-dru/>. Acesso em: abr. 2016.

DICIONÁRIO DE CAMBRIDGE, Disponível em www.dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/shareholder, acesso em maio de 2017.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Parcerias Na Administração Pública**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DRUCKER, Peter. **Sociedade pós-capitalista**. Tradução de Nivaldo Montigelli. 4 ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1999.

FIORI, José Luís. **Estados moedas no desenvolvimento das nações**. Petrópolis: Vozes, 1999.

FOLLONI, André Parmo. **Clareiras e caminhos do direito tributário: crítica da ciência do direito tributário a partir da obra de José Souto Maior Borges**. 2011. 562 f. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 25/07/2011.

FREIRE, André Luiz. **O Regime de Direito Público Na prestação de Serviços Públicos por Pessoas Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

FONSECA, Cezar Dutra Fonseca. Keynes: O liberalismo econômico como mito. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 19, n. 3, dez. 2010, p.426.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Método, 2010.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Ton. Análise econômica do Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GICO JR, Ivo. Introdução ao Direito e a Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GIGLIO, Wagner; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIRARDI, Dante. **A Terceirização Como Estratégia Competitiva nas Organizações**. Disponível em: <http://gelre.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Estudo_Terceirizacao.pdf>. Acesso em: mar. 2017.

GONÇALVES, André; VOITCH, Guilherme. Paranaense paga R\$ 42,60 em tributos à União para ter R\$ 1 em obras federais: Das 27 unidades da federação, Paraná é o 24º no ranking do investimento da União em relação à arrecadação no estado. Mudar esse cenário será desafio do futuro governador. **Gazeta do Povo**. Curitiba. 02 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/eleicoes/2014/paranaense-paga-r-4260-em-tributos-a-uniao-para-ter-r-1-em-obras-federais-ebn32cia50thjabeayadvwb4e>>. Acesso em: abr. 2016.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Direito Administrativo**. 5ª ed. Tomo II. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRECO, Simara Maria de Souza Silveira (Org.). **Empreendedorismo no Brasil**. Curitiba: IBQP, 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1998**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HAYEK, Friedrich. **O Caminho da Servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Acesso à internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal, 2005**. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv33982.pdf>>. Acesso em: mar. 2017.

JESSOP, Bob. **Towards a Schumpeterian Workfare State?** Preliminary Remarks on Post-Fordist Political Economy. Disponível em: <<https://bobjessop.org/2014/05/06/towards-a-schumpeterian-workfare-state-preliminary-remarks-on-post-fordist-political-economy/>>. Acesso em: fev. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul/2013.

KUGELMAS, Eduardo; SOLA, Lourdes. Recentralização/descentralização: dinâmica do regime federativo no Brasil dos anos 90. **Tempo social**, 1999, vol.11, n.2, pp.63-81, 1999.

LACERDA, Gustavo Biscaia. Augusto Comte e o Positivismo Redescobertos. **Revista de Sociologia e Política**, vol. 17, n. 34, pp. 319-343, out. 2009.

LAHÓZ, André. Antes e depois da venda: Os números mostram que o Brasil saiu fortalecido do processo de desestatização. **Revista Exame**. São Paulo. 18 fev. 2011. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/antes-e-depois-da-venda-m0051381/>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

LAUDA, Bruno Bolson. A análise econômica do Direito: uma dimensão da crematística no Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – UFSM**, v. 4, n. 1, 2009.

LEAL, Vitor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LYRA, Mariana Galvão; GOMES, Ricardo Corrêa; JACOVINE, Laércio Antônio Gonçalves. O papel dos stakeholders na sustentabilidade da empresa: contribuições para construção de um modelo de análise. **Rev. adm. contemp.**, Curitiba, v. 13, n. spe, p. 39-52, jun. 2009..

LÓPES, Manuel Carlos Palomeque; DE LA ROSA, Manuel Álvares. **Derecho Del Trabajo**. 10 ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARCELINO, Paula Regina Pereira, **Terceirização no Brasil e Na França**. Disponível em: <www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/segundosimposio/paulareginapereiramarcelino.pdf>. Acesso em: mai. 2017.

MARTINS, Otiliana; CABRAL, Augusto; PESSOA, Maria Naiula; SANTOS, Sandra; RODAN, Vivianne. Responsabilidade social empresarial: o processo de institucionalização em uma empresa ganhadora do prêmio SESI de qualidade no trabalho. **Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão**, v. 12, n. 2, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MATOS, Leonardo Rebelo de. **Vida e morte do sindicato no Brasil**. 1 ed. Juiz de Fora: Editar, 2015.

MAUÉS, Antônio Gomes Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 2, p. 587-623, jan. 2012.

MAZZUCATO, Mariana. **El Estado Emprendedor**. 1 ed. Buenos Aires: RBA, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologias do Direito: historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 25, p. 153-169, nov. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf>. Acesso em: set. 2016.

MIGUEL, Luis Felipe. **Desigualdades e democracia: o debate da teoria política**. São Paulo: Ed. Unesp, 2015.

MIRANDA, Rubens Augusto; AMARAL, Hudson Fernandes. Governança corporativa e gestão socialmente responsável em empresas estatais. **Revista de Administração Pública**, p. 1069-1094, FGV, Rio de Janeiro, 2011.

MOCELIN, Daniel Gustavo; BARCELOS, Régis Leonardo Gusmão. Tecnologia, competitividade e regulação: a estruturação do mercado das telecomunicações no Brasil. **Cad. CRH**, Salvador, v. 25, n. 66, p. 409-432, dez. 2012.

MONCADA, Luís S. Cabral De. **Direito Econômico**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público Inteligência da Lei 8.987/1995**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei n. 9.784/1999**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOHARA, Irene. **Reforma Administrativa e Burocrática: Impacto da Eficiência no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

OPUSZKA, Paulo Ricardo; KNOERR, Viviane de Séllos. Reflexões sobre fundamentos neoclássicos da Economia para uma contribuição aos estudos de Direito Econômico. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo (Org.). **Reflexões da Economia Política para um Direito Econômico Brasileiro**. 1ª ed. Curitiba: Inst. Memória, 2015.

PADRÓS, Enrique Serra. **Capitalismo, Prosperidade e Bem-Estar Social: Século XX - O Tempo das Crises, Revoluções, fascismos e guerras**. vol. 2. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

PAULA, Ana Paula Paes de. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. **RAE - Revista de Administração de Empresas**, vol. 45, n. 1, 2005.

PEDROSO, Gustavo, J. T., Entre o capitalismo de Estado e o Behemoth: o Instituto de Pesquisa Social e o fenômeno do fascismo. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, vol. 15, n. 2, pp. 151-179, 2009.

PINTO, Raymundo Antonio Carneiro, **Súmulas do TST Comentadas**, 9ª Ed. LTr, São Paulo, 2007.

POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários**. São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO FILHO, Alexandre Vieira. O ativismo judicial na Justiça do Trabalho e a terceirização. **Revista Evocati**, 2014. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=607>. Acesso em: set. 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REQUIÃO, Rubens. **A Preservação da sociedade comercial pela exclusão do socio**. 1959. 276 f. Tese (Concurso à Cátedra de Direito Comercial) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1959.

REZENDE, José Francisco de Carvalho; FONTES FILHO, Joaquim Rubens. Indutores de alinhamento estratégico: comparações preliminares sobre valor entre empresas de capital privado e empresas estatais no Brasil. **Revista de Administração Pública**, FGV, Rio de Janeiro, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

SCHEID, Emanuelle Moreira; NEDEL, Natalie Kuczura, A Terceirização Trabalhista Uma Análise à Luz da (In)constitucionalidade do Projeto n. 4330/2004. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo (Org.). **Direito do Trabalho e Efetividade**. Curitiba: CRV, 2017.

SCHUMPETER, A. Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SILVA, Alexandre Manoel Angelo da; PIRES, Manoel Carlos de Castro. Dívida pública, poupança em conta corrente do governo e superávit primário: uma análise de sustentabilidade. **Revista de Economia Política**, vol. 28, n. 4, pp. 612-630, out/dez 2008.

SILVA, Antônio Álvares. **Terceirização**: Um tigre de papel. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/download/acs/artigos/terceirizacao_200415.pdf>. Acesso em: ago. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVEIRA, Raquel Dias da, **Profissionalização Da Função Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo Judicial no Brasil**: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. 2010. 206 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Instituto de Estudos Sociais e Políticos (iesp), Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Lei de Introdução e Parte Geral. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos. El Criterio De La Eficiencia En El Derecho Administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 186, set./dez. 2011.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista de Direito GV**, São Paulo, pp. 407-440, jul./dez. 2008.

ZIOBRO, André Piekarz; GIAOMINI Carlos Homero; WOSNIAK, Francine Lia (Org). **A Produção do Conhecimento para Gestão Pública no Município de Curitiba**. Curitiba: IMAP, 2012. Disponível em: < http://www.imap.curitiba.pr.gov.br/wp-content/uploads/Acervo/Publicacoes_Imap/Livros/2012_0002_Gestao_para_Reculta_dos_em_Ctba_Valorizacao_do_Capital_Intelectual.pdf>. Acesso em: mai. 2017.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. vol. 2. São Paulo: Editora UnB, 2004.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Editora Ática, 2011.