® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional.

Jorge Luiz Souto Maior(*)

"Uma Constituição aberta não deve abrigar preconceitos." (Paulo Bonavides).

"Ninguém respeita a Constituição e todos acreditam no futuro da nação. Que país é este?" (Renato Russo)

1. Introdução; 2. Conceito de terceirização; 3. A terceirização no setor público; 4. A normatividade constitucional e infraconstitucional a respeito do tema; 5. Conclusão.

1. Introdução.

Pretende-se neste texto defender a tese de que a terceirização na Administração Pública constitui ato que fere a ordem normativa. Aliás, já impressiona-me apresentar este tema como tese, diante de tantas obviedades em que se baseia.

Aliás, dentro dessa lógica do raciocínio, seria mais propício tentar entender porque algo tão óbvio quanto a ilegalidade – ou mais propriamente, a inconstitucionalidade – da terceirização no serviço público não é vista pelo mundo jurídico. Mas, isto já é assunto para sociólogos e antropólogos.

O fato é que, como a situação está aí posta e quase consagrada como prática perfeitamente legal, torna-se necessário demonstrar o equívoco da orientação jurídica que lhe diz respeito.

Pois bem, enfrentemos, diretamente, a questão.

2. Conceito de terceirização.

A terceirização é prática administrativa que se instalou no modelo produtivo que se convencionou chamar de "toyotismo". A expressão, no entanto, por si só, não diz nada, representando apenas um modismo de uma pretensa demonstração de intelectualidade. "Toyotismo", como o próprio nome diz, é o modelo de produção adotado pela fábrica japoneza de automóveis, a Toyota, que, na verdade, representa um modo de pensar a produção.

Segundo Thomas Gounet[1], o toyotismo pode ser resumido em seis pontos: a) produção puxada pelo fluxo da demanda; b) combate ao desperdício; c) flexibilização da organização do trabalho; d) instalação do *kanban* (sistema que indica a utilização de peça do estoque); e) produção de vários modelos, sendo cada um em série reduzida; f) desenvolvimento de relações de subcontratação com fornecedores de autopeças.

Para Ricardo Antunes[2] o toyotismo se diferencia do fordismo pelos seguintes traços: a) produção vinculada à demanda; b) fundamenta-se no trabalho operário em equipe, com multivariedade e funções; c) estruturação de um processo produtivo flexível; d) tem como princípio o "just in time", o melhor aproveitamento possível do tempo; e) funciona em conformidade com o sistema *kanban*, para que os estoques sejam mínimos; f) transferência de grande parte da produção, cerca de 75%, para empresas terceirizadas, de forma horizontal, com expansão dos modos de produção e procedimentos para toda a rede de forncedores (CCQ, controle de qualidade total, kanban, *just in time*, Kaizen, team work, eliminação do desperdício, "gerência participativa", sindicalismo de empresa etc., g)organização de Círculos de Controle de Qualidade (CCQ), "grupos de trabalhadores que são *instigados* pelo capital a discutir seu trabalho e desempenho, com vistas a melhorar a produtividade das empresas, convertendo-se num importante instrumento para o capital apropriar-se do *savoir faire* intelectual e cognitivo do trabalho, que o fordismo desprezava"[3], h) emprego vitalício para uma parcela dos trabalhadores das grandes empresas e ganhos salariais vinculados ao aumento da produção.

Já para Jeffrey k. Liker, professor de engenharia industrial da Universidade de Michigan, que ficou durante 20 anos estudando a produção da Toyota[4], o modelo Toyota, na verdade, encerra um estilo de administração, baseado em 14 princípios, advindo desse modelo o Sistema Toyota de Produção.

Estes 14 princípios são direcionados para 4 aspectos fundamentais, organizados nos moldes de uma pirâmide, apresentados a seguir, da base ao ápice: filosofia; processo de produção; empregados e parceiros; solução de problemas.

Explica este autor, no que tange ao processo de produção, que:

a) embora a Toyota se baseie na idéia de empresa enxuta, isto é, produzir em conformidade com a demanda, diminuindo o estoque, isto não significa que a produção seja desnivelada. Na verdade, há um nivelamento da produção, pois "é melhor formar um estoque de produtos acabados a fim de nivelar o programa de produção, em vez de produzir de acordo com a verdadeira demanda flutuante dos pedidos dos clientes"[5];

b) embora o modelo exija flexibilidade e isto implique a utilização de subcontratação, "muitas vezes, é melhor acrescentar seletivamente e substituir despesas gerais por mão-de-obra direta", até porque "quando a perda é descontada dos funcionários que agregam valor é preciso oferecer-lhes apoio de alta qualidade, como alguém que auxilia um cirurgião durante uma operação delicada.

c) embora a produção tenha atender à demanda, "pode não ser uma prioridade manter os funcionários ocupados produzindo peças o mais rápido possível. (....) Trabalhar mais rápido

só para obter o máximo de seus funcionários é um outra forma de superprodução e, na verdade, leva ao emprego de maior mão-de-obra em geral"[6];

d) embora a automação faça parte do modelo toyota, deve-se "usar seletivamente a tecnologia de informação, e muitas vezes, fazer uso de processos manuais, mesmo quando a automação estiver disponível e parecer justificar seus custo com a redução de funcionários"[7].

Como explica Jeffrey k. Liker, "as soluções da Toyota para problemas específicos frenqüentemente parecem aumentar as perdas em vez de eliminá-las"[8]. Para Ohno, técnico que desenvolveu o modelo, as perdas tinham pouca relação com o máximo aproveitamento da mão-de-obra e dos equipamentos, estando muito mais relacionadas "com a maneira como a matéria-prima era transformada em mercadoria vendável"[9].

Em suma, o que este autor procura demonstrar é que o modelo Toyota vai muito além do que adoção de uma técnica enxuta de produção, como o "just in time". Uma passagem de sua obra é extremamente esclarecedora neste sentido: "Visitei centenas de organizações que afirma ser praticantes avançadas dos métodos enxutos. Orgulhosamente exibem seus estimado projeto enxuto. E fizeram um bom trabalho, sem dúvida. Mas, estudando a Toyota por 20 anos, fica claro que, em comparação, essas empresas são amadoras. A toyota precisou de décadas para criar uma cultura enxuta e chegar onde está e ainda acredita que está recém começando a entender o Modelo Toyota. Qual a percentagem de empresas, fora a toyota e seus grupo direto de fornecedores, que obtêm um A ou um B^+ no sistema enxuto? Não sei dizer com exatidão, mas é bem menos de 1%."[10]

Cita este autor o fato ocorrido nos EUA, em 1996, de uma empresa X que havia ganho o prêmio Shingo de Produção, que é um prêmio americano em honra de Shiego Shingo, que contribuiu para a criação do modelo toyota, e que foi visitada por um organismo de difusão do modelo toyota e que, por experiência, assumiu uma linha de produção da referida empresa durante 09 meses. Após o período o que se verificou foi:

"93% de redução no *lead time* para produção do produto (de 12 dias para 6,5 horas);

83% de redução no estoque em processo (de 9 para 1,5 horas);

91% de redução no estoque de produtos acabados (de 30.500 para 2.890 unidades);

50% de redução nas horas extras de trabalho (de 10 para 5 horas/pessoa/semana);

83% de melhoria na produtividade (de 2,4 para 4,5 peças/hora de trabalho)."[11]

Relata, ainda, o mencionado autor, ter visitado centenas empresas americanas e conversado com milhares funcionários, ensinando-lhes como funciona o modelo toyota, mas constatou ao longo dos anos que a linha de produção degrada-se em vez de melhorar.

Eis suas palavras: “Os Estados Unidos têm sido exposto ao STP (Sistema Toyota de Produção) por pelo menos duas décadas. Os conceitos e ferramentas básicos não são novidade (O STP opera de alguma forma na Toyota por mais de 40 anos). O problema, acredito, é que as empresas americanas aproveitaram as ferramentas enxutas, mas não compreendem o que as faz funcionar juntas em um sistema. Tradicionalmente, a administração adota algumas dessas ferramentas técnicas e até luta para ir além de sua aplicação amadora para criar um sistema técnico. Mas não entende o poder que há por trás do verdadeiro STP: a cultura da melhoria contínua necessária para sustentar os princípios do Modelo Toyota. Dentro do modelo 4Ps que mencionei anteriormente, a maioria das empresas está patinando em um nível – o de ‘processo’. Sem adotar os outros 3Ps, elas farão pouco mais do que patinar, pois as melhorias que conseguem não serão respaldadas pelo sentimento e pelo inteligência para torná-las sustentáveis em toda a organização. O desempenho continuará defasado em relação ao das empresas que adotam uma verdadeira cultura de melhoria contínua.”[12]

No fordismo, que implementou a produção em massa com fluxo contínuo, a lógica do lucro era baseada na redução do custo e, de forma pendular, o custo se reduzia pela produção em escala. Dentro do pensamento fordista, igualmente, a automatização que substituía pessoas estava justificada se representasse redução do custo da produção.

Muito desse ideal incorporou-se às empresas pelo mundo afora, mas apenas utilizam-se da lógica de empresa enxuta do modelo Toyota como forma de potencializar o espírito fordista. A empresa é toyotista, em termos de estruturação, pretensamente enxuta, mas, fordista por essência. A subcontratação e a terceirização são utilizadas apenas na perspectiva da redução do custo imediato, pouco importando qual o efeito em termos do custo final da produção.

Jeffrey k. Liker constatou um exemplo disto quando visitou um fábrica de porcas de aço. Os engenheiros e administradores da fábrica disseram-lhe que a fábrica não tinha como ser mais enxuta. Mas, não fora essa a opinião de Liker: “Quando acompanhamos o fluxo de valor (e de não-valor), suas afirmações tornaram-se cômicas. Iniciamos no local de recebimento, e toda vez que eu pensava que o processo deveria terminar, caminhávamos mais uma vez pela fábrica até o próximo passo. **As porcas, em um determinado ponto do processo, deixavam a fábrica por algumas semanas para serem submetidas ao tratamento térmico, pois a administração havia calculado que a contratação desse serviço era mais econômica**. Depois de tudo esclarecido, o processo de fabricação de porcas que levava segundos para a maior parte das operações, com exceção do tratamento térmico, que levava algumas horas, geralmente levava semanas e, às vezes, meses. Calculamos a porcentagem de valor agregado para diferentes linhas de produtos e obtivemos números variando de 0,008% a 2 ou 3%. Um espanto! Para piorar, a paralisação de equipamento era um problema comum, deixando máquinas ociosas e permitindo grandes acúmulos de material em volta delas. **Algum administrador havia concluído que os serviços externos de manutenção custavam menos do que a contratação de funcionários em tempo integral**. Assim, freqüentemente não havia ninguém por perto para consertar uma máquina quando ela estragava, sem falar em um bom serviço de manutenção preventiva. A eficiência local era enfatizada às custas da desaceleração do fluxo de valor, criando grandes quantidades de estoque de produtos acabados e em processo

e levando muito tempo para que se identificassem problemas (defeitos) que reduziam a qualidade. Como resultado, a planta não era flexível às mudanças na demanda dos clientes."[13]

Pois bem, o que toda esta narração quer dizer? Quer dizer que o modelo toyota altera a forma de produção advinda do fordismo, mas a partir da alteração do modelo de produção, na verdade não se tem um modelo padrão, único, que se possa ser tomado como paradigma para fins de regulação ou mesmo para identificação de um fenômeno social ou industrial.

Há, aliás, um extremo paradoxo entre aquilo que se considera toyotismo a partir da verificação do modo de utilização da idéia em diversas empresas pelo mundo afora, em Estados e regiões diferentes, e o que se considera o espírito toyota, segundo relata Jeffrey k. Liker. Conforme destaca este autor, o modelo é apresentado, graficamente, como sendo uma casa, tendo como alicerce o "respeito pela humanidade". Afirma este autor: "A toyota nunca sacrificará a segurança de seus trabalhadores em nome da produção. E ela não precisa disso, já que a eliminação das perdas não implica a criação de procedimentos de trabalho estressantes e inseguros"[14].

Conseqüentemente, o processo de automação, igualmente, é feito com um toque de humanidade, como revela, aliás, reportagem publicada no Jornal, O Estado de São Paulo, em 12/01/97, p. B-14: "Toyota reiventa trabalho em linha de montagem". Diz a reportagem: "em vez de substituir operários, a Toyota projetou máquinas para torná-los mais produtivos. Destaca, ainda, a mesma reportagem, o rodízio entre os empregos na realização de suas tarefas; o sistema de emprego à vida e baixíssima rotatividade da mão-de-obra.

O quadro que se apresenta, neste aspecto, é, extremamente, favorável ao modelo Toyota, no qual as pessoas são postas no centro do sistema.

O que Jeffrey k. Liker e a reportagem em questão não revelam, no entanto, é o combate ao sindicalismo feito pela Toyota a partir desde a década de 50. Como relata Ricardo Antunes[15], "Após a repressão que se abateu sobre os principais líderes sindicais, as empresas aproveitaram a desestruturação do sindicalismo combativo e criaram o que se constituiu no *traço distintivo do sindicalismo japonês da era toyotista: o sindicalismo de empresa, o sindicato-casa*, atado ao ideário e ao universo patronal. No ano seguinte, 1954, esse mesmo sindicato foi considerado ainda pouco cooperativo, sendo por isso dissolvido e substituído por um novo sindicato inserido no 'espírito Toyota', na 'Família Toyota'. A campanha reivindicatória tornou-se, então, nesse ano, movida pelo lema: 'Proteger nossa empresa para defender a vida!'"

Segundo Ricardo Antunes, "*essa foi a condição essencial para o sucesso capitalista da empresa japonesa e, em particular, da Toyota*. Combinando repressão com cooptação, o *sindicalismo de empresa* teve, como contrapartida à sua subordinação patronal, a obtenção do emprego vitalício para uma parcela dos trabalhadores das grandes empresas (cerca de 30% das população trabalhadora) e também ganhos decorrentes da produtividade"[16].

Outra forma de demonstrar a vinculação do sindicato à empresa revela-se na possibilidade dos sindicatos opinarem sobre a ascensão pessoal de trabalhadores (como na empresa Nissam) e sobretudo nas situações em que, como explica Ricardo Antunes, "a passagem pelo sindicato é uma condição para ascender a funções de responsabilidade, sobretudo em matéria de administração de pessoal"[17].

O quadro desfavorável do toyotismo é descrito por Ricardo Antunes, ao destacar que esse modelo de produção produziu como efeito a "*intensificação da exploração do trabalho*", sobretudo, por dois aspectos: realização de trabalho por um operário, simultaneamente, em várias máquinas; aumento do ritmo de trabalho, decorrente da velocidade imposta à cadeia produtiva pelo sistema de luzes (luzes verdes, amarelas e vermelhas apresentando como está o ritmo da produção, respectivamente: normal; intensidade máxima; diminuição do ritmo em virtude de problema)[18].

Destaca, ainda, que a automatização e a informática contribuem sobremaneira para acelerar o ritmo de trabalho[19].

Na sua visão, "a expansão do trabalho *part time*, assim como as formas pelas quais o capital se utiliza da divisão *sexual* do trabalho e do crescimento dos trabalhadores imigrantes, cuja expressão são os *dekasseguis* executando trabalhos desqualificados e freqüentemente ilegais, constituem claros exemplos da enorme tendência à intensificação e exploração da força de trabalho no universo do toyotismo. Este se estrutura *preservando* dentro das empresas matrizes um número reduzido de trabalhadores mais *qualificados, multifuncionais* e envolvidos com seu ideáriom bem como *ampliando* o conjunto flutuante e flexível de trabalhadores como o aumento das horas-extras, da terceirização no interior e fora das empresas, da contratação de trabalhadores temporários etc, opções estas que são diferenciadas em função das condições do mercado que se inserem"[20].

A respeito da subcontratação, ou utilização de empresas fornecedoras de peças Thomas Gounet[21] esclarece que no modelo toyotismo há um acréscimo muito grande da subcontratação. Enquanto no fordismo 70% da produção era feita na fábrica montadora, no toyotismo há um inversão, passando-se a produzir no interior da fábrica apenas 60% (conforme exemplo extraído da GM).

Segundo Ricardo Antunes esta situação permite uma maior exploração do trabalho pois "quanto mais o trabalho se distancia das empresas principais, maior tende a ser a sua precarização. Por isso os trabalhadores da Toyota trabalham cerca 'de 2.300 horas por ano enquanto os trabalhadores das empresas subcontratadas chegam a trabalhar 2.800 horas'."[22]

Gounet, na mesma linha, acrescenta, como efeito da subcontratação: nível salarial 30 a 50% mais baixo; horas extras mais freqüentes; piora nas condições de trabalho e diminuição da humanização das relações sociais[23].

Interessante, no entanto, frisar a participação da empresa principal nesta precarização. Não se trata, simplesmente, de uma circunstância ditada pela empresa subcontratada, com relação à qual, portanto, a empresa principal não tenha nenhuma responsabilidade. Como

observa Gounet, “é cada vez mais forte a pressão das montadoras sobre seus fornecedores para que rebaixem os preços de venda das autopeças, reduzindo os custos, acelerando os prazos de fornecimento, elevando a qualidade dos produtos. Um fornecedor da Ford explica que a montadora ‘impõe a cada ano objetivos de redução dos custos dos equipamentos, que podem chegar a 15 ou 20%’”.[24]

Quando às vantagens conferidas pelas empresas principais, para desenvolvimento do espírito toyotista, Gounet também é pessimista, afirmando que “depois que o peixe mordeu o anzol, a isca é desnecessária”. Sua visão é justificada com o relato de as vantagens dadas diminuem com o decorrer dos anos, sobretudo quando, na concorrência, outras empresas conferem as mesmas vantagens e chega-se ao limite. A partir daí há um retorno aos meios clássicos de obter acumulação: “incrementar a obtenção de mais-valia, aumentar diretamente a exploração, intensificar a automação.” Assim, “**quem conquista fatias do mercado é a empresa que impõe aos operários o mínimo de salário pelo máximo de produtividada**”[25] – grifou-se.

Para Gounet, a globalização, que possibilita a generalização desse modelo em escala mundial, de maneira muito rápida; a concorrência, também em escala mundial, que impede a política de vantagens; e a crise econômica e saturação do mercado, que impõem a rapidez na adoção desse modelo às empresas, farão com que o quadro seja bastante negro para os trabalhadores nos próximos anos e que por isto mesmo o reinado do toyotismo “será mais breve que o do fordismo”[26].

“Estes três elementos – internacionalização, concorrência e crise – explicam por que o *just in time* é uma necessidade para as empresas que queiram desempenhar um papel significativo no mercado; e por que assistiremos brevemente à impiedosa exploração de classe operária e à robotização extremada na indústria automobilística.”[27]

Mas isto, segundo Gounet, como dito, representará o fim do modelo: “A generalização e necessária degeneração do modelo levam-nos de volta à tendência à queda das taxas de lucro. Quando se introduz uma nova organização da produção, o aceleramento da rotação do capital permite que as empresas líderes contornem essa lei. Elas elevam suas taxas de lucro e tomam fatias do mercado. As empresas que não podem acompanhá-las são eliminadas. As outras, copiam. De maneira que, ao fim de certo tempo, todo mundo está de volta ao mesmo ponto, com um bolo para repartir. O bolo talvez seja maior, graças à redução do preço alcançada pelos novos métodos. Talvez haja menos fabricantes para reivindicar sua fatia. Mas o bolo é aquele mesmo e a luta por ele nada tem de original: as empresas investem em novas tecnologias para se desenvolver. Ao fazê-lo, o sistema cai outra vez na lei da tendência à queda da taxa de lucro. A crise do fordismo é fruto dessa degeneração, dessa crise de acumulação, dessa contradição entre as acumulações individuais e a acumulação da sociedade em seu conjunto. Pode-se dizer que o toyotismo será destronado por essa mesma lógica.”[28]

O que se apresentava, portanto, de maneira confusa, na diversidade das manifestações de Liker, Anutes e Gounet, acerca do que seja, efetivamente, o toyotismo, acaba sendo facilmente explicado pela dinâmica que as formas de produção adquirem no capitalismo, sobretudo em uma economia globalizada. A idéia, por melhor que seja, diante da

concorrência, que muitas vezes impõe a busca do lucro imediato, como fator até de sobrevivência, acaba sendo desvirtuada e a pressão de umas sobre as outras fazem com que, no fundo, haja uma natural corrida em direção da precarização das relações de trabalho, onde o lucro é vislumbrado de forma mais imediata. Para se chegar a isto, as maneiras são diversas, dependendo, inclusive, das circunstâncias culturais e jurídicas de cada país, conforme destacado por Ricardo Antunes (referência supra). Como resultado, pode-se dizer, não há um único modelo toyotista, mas vários, na verdade, um número ilimitado de modelos, cujo efeito, no entanto, no decorrer dos anos, representa, sem dúvida, o aumento da exploração do trabalho, ainda que, em termos teóricos, a idéia pudesse ter a sua beleza, conforme vislumbra Liker.

O toyotismo, portanto, extraindo o sumo daquilo que pode ser apontado como seu elemento identificador, abstraindo, portanto, todas as suas nuanças, em termos de técnica produtiva, pode ser entendido como um modo de organizar a produção de maneira a extrair da força de trabalho o maior proveito possível com o menor dispêndio econômico possível, o que, na verdade, acaba não representando nenhuma novidade com relação ao fordismo. O que muda, como visto, é a forma de se chegar a isto, mas o efeito, acaba sendo o mesmo, com um agravante: neste aspecto o toyotismo é muito mais eficiente, principalmente o toyotismo que se difundiu no mundo, influenciado pela globalização, pela crise econômica e pela concorrência internacional.

3. A terceirização na Administração Pública.

Pois bem, diante dessa longa explicação, que por si só, já é bastante complexa no contexto do capitalismo de produção, surge a inexorável pergunta: o que a terceirização de serviços no âmbito da administração, cuja função é, unicamente, exercer as tarefas de facilitação do cumprimento dos deveres do Estado perante a sociedade, tem a ver com a terceirização no contexto do modelo capitalista de produção? Em que medida uma coisa se justifica pela outra?

Os autores que cuidam do assunto, defendendo a terceirização no setor público, falam de modernização do ente público, mas ou não têm a mínima idéia do que representa a terceirização no contexto da produção capitalista ou, tendo, assumem o risco de que trazer tal perversidade para o âmbito público, só não se sabe para atender a qual finalidade. A do lucro?

É evidente que a lógica da terceirização nada tem nada a ver com as exigências do serviço público, a não ser que se queira ver no Estado um produtor de riquezas a partir da exploração do trabalho alheio, sendo estes, os "alheios", exatamente os membros da sociedade a que ele se destina a organizar e proteger.

Vale reparar, ademais, que a subcontratação, no sistema toyotista, é feita com base na busca de melhoria da produção, o que se dá, portanto, em nível de reforço do modelo produtivo. Assim, a mera execução de uma tarefa, alheia à produção, se por contratação direta ou por empresa interposta, que serve somente para o fim de redução do custo daquela mão-de-obra, sem implicação alguma na capacidade produtiva, sequer tem a ver com o modelo

toyota de produção ou qualquer outro. Trata-se, unicamente, de técnica que potencializa a exploração da mão-de-obra.

O que se desenvolveu no Brasil, portanto, em termos de "terceirização" foi apenas uma "intermediação de mão-de-obra", que não está ligada a técnica alguma de produção. Não é "fordismo", "taylorismo", ou "toyotismo", é "sem-vergonhismo" mesmo, o que se explica, aliás, historicamente, pois, no nosso aspecto cultural, infelizmente, ainda causa mais espanto à sociedade um empregado cobrar seus direitos que um empregador, "que fez um favor ao oferecer trabalho", não respeitar os direitos de seus empregados.

Qual a razão de se trazer tal prática para o setor público?

Incrementar a produção? Reduzir custo?

Nada disso tem sentido. A redução de custo é imoral, pois o custo é reduzido a partir da perspectiva do direito daquele que presta serviço. Ora, o direito da sociedade de se fazer valer dos serviços do Estado não pode ser concretizado por meio da diminuição dos direitos do trabalhador, pois isto seria o mesmo que excluí-lo da condição de membro dessa mesma sociedade, ou colocá-lo em uma situação de subcidadania.

A eficiência administrativa, portanto, não pode ser realizada com a precarização dos direitos dos que prestam serviços ao ente público.

Mas, vai se dizer, de forma insossa e irresponsável, pois que não lhe afeta diretamente, ou de forma comprometida, quando ligado ao interesse dominante, que pela terceirização pura e simples não se eliminam direitos, apenas se possibilita a formação da relação jurídica por uma interposta pessoa, a qual, esta sim, fica responsável pelo cumprimento dos direitos do trabalhador.

Ora, se tomada por base a realidade e não apenas o formalismo dos textos escritos, é fácil verificar (só não vê quem não quer) que a precarização é da própria lógica da terceirização, pois, como explica Márcio Túlio Viana, as empresas prestadoras de serviço, para garantirem sua condição, porque não têm condições de automatizar sua produção, acabam sendo forçadas a precarizar as relações de trabalho, para que, com a diminuição do custo-da-obra, ofereçam seus serviços a um preço mais accessível, ganhando, assim, a concorrência perante outras empresas prestadoras de serviço[29].

Com relação ao setor público, então, esta lógica é ainda mais nítida, pois a contratação da empresa de terceirização é precedida de procedimento licitatório do qual sai vencedor, em geral, a empresa que oferece o serviço pelo menor preço.

Importante constatar, ademais, que a terceirização é examinada, unicamente, sob os ângulos de visão do empresário ou, no caso da nossa investigação, do ente público, no que, aliás, não se tem nenhuma novidade, já que a história sempre é retrata com a perspectiva do vencedor. Mas, deixando de lado o aspecto econômico que o tema envolve, relevante parar pensar o que a tercerização representa na vida dos empregados terceirizados.

Em concreto, nesta "técnica moderna de produção", há o impedimento de uma vinculação social do trabalhador com o meio-ambiente de trabalho, onde passa a maior parte de seu dia. Esta desvinculação inclui pessoas e coisas.

Os "terceirizados" são deslocados do convívio dos demais empregados, chamados, "efetivos"; usam elevadores específicos; almoçam em refeitório separado ou em horários diversos; não são alvo de qualquer tipo de subordinação, para, como se diz, "não gerar vínculo"; ou seja, são tratados como coisa ou simplesmente não são vistos. Estão por ali, mas deve ser como se não estivessem. Além disso, muitas vezes prestam serviços em várias tomadoras de serviços ao longo de sua vinculação jurídica com a empresa de prestação de serviços, gerando a plena impossibilidade de sua socialização pelo trabalho e tornando muito mais improvável sua obtenção, pela via judicial, dos direitos que lhe venham a ser suprimidos.

A situação é ainda pior quando o feixe de fornecimento de mão-de-obra se amplia e o fenômeno da terceirização se transforma em quarteirização etc. Uma empresa contrata a outra para a execução do serviço e esta, por sua vez, contrata outra, acentuando, por óbvio, a lógica perversa da precarização.

Sob o prisma da realidade judiciária, percebe-se, facilmente, o quanto a terceirização tem contribuído para dificultar, na prática, a identificação do real empregador daquele que procura a Justiça para resgatar um pouco da dignidade perdida ao perceber que prestou serviços e não sabe sequer de quem cobrar seus direitos. A Justiça do Trabalho que tradicionalmente já se podia identificar como a Justiça do ex-empregado, dada a razoável incidência desta situação, passou a ser a Justiça do "ex-empregado de alguém, só não se sabe quem".

Aliás, este alguém, em geral, depois de algum tempo de atuação na realidade social, e quando seus contratos de prestação de serviços não mais se renovam, desaparece.

Há, ainda, outro efeito pouco avaliado, mas intensamente perverso que é o da irresponsabilidade concreta quanto à proteção do meio-ambiente de trabalho. Os trabalhadores terceirizados, não se integrando a CIPAs e não tendo representação sindical no ambiente de trabalho, subordinam-se a trabalhar nas condições que lhe são apresentadas, sem qualquer possibilidade de rejeição institucional. O meio-ambiente do trabalho, desse modo, é relegado a um segundo plano, gerando aumento sensível de doenças profissionais.

Por fim, mas não menos importante, vale notar a postura do tomador de serviço perante o trabalhador quando se constata que a empresa prestadora dos serviços não está respeitando os direitos trabalhistas. Age como se nada tivesse com a história. Os terceirizados são, assim, alvo de uma atitude indiferente do tomador dos serviços, "não temos nada com isto", ou quando muito de uma certa compaixão, "vamos ver o que podemos fazer..." Uma compaixão, às vezes, que se institucionaliza por iniciativa dos próprios empregados efetivos da empresa tomadora, na qual o terceirizado presta serviço, com a realização de uma espécie de coleta de dinheiro para "ajudar" o terceirizado.

O que não se percebe, é que esta ajuda obscurece uma extrema perversidade que se forma na relação entre efetivos e terceirizados. A reação dos efetivos quando chega à compaixão, o que é raro, vale lembrar, já é muito. Não passa daí. Ou seja, admite-se a idéia de que os terceirizados não compõem a classe dos trabalhadores. A antiga idéia da luta de classes, entre patrões e empregados, que impulsionou os movimentos revolucionários de caráter marxista, é completamente destruída. Os efetivos não se identificam como membros da mesma classe que os terceirizados e estes, aliás, assumem essa condição de sub-trabalhadores. Ademais, a partir de uma lógica estritamente matemática, na qual se baseia o capitalismo imediatista neoliberal, é exatamente a precarização dos direitos dos terceirizados que, de certo modo, garante o emprego dos efetivos, que, assim, quando não reagem, por meio de uma ação sindical, contra a situação que é imposta aos terceirizados, assumem a postura do próprio explorador.

No setor público, então, isto é ainda mais nítido, pois como o orçamento é limitado, muitas vezes só se conseguem verbas para aumentar os ganhos do administrador, dos seus apaniguados (os altos salários dos cargos em comissão) e dos considerados servidores de carreira com a redução do custo de parcela da mão-de-obra, que é remetida para a esfera da terceirização. O problema é que como isto se faz sem qualquer limite e sem qualquer repressão dos poderes constituídos, pois são eles próprios os executores da prática, uma parcela cada vez maior de servidores está sendo atirada para fora da administração. Assim, os servidores, que hoje, indiretamente, se beneficiam dessa situação, muito provavelmente serão os terceirizados de amanhã.

Por que trazer toda esta agressão aos direitos humanos para a execução das tarefas do próprio Estado? O esforço da comunidade jurídica deve ser o de extirpar do mundo do direito, na esfera privada, a terceirização. Trazê-la, assumidamente, para o setor público, onde sequer a lógica do lucro tem algum valor, é uma brutalidade.

No setor público, ademais, a perversidade da situação que se impõe aos empregados, fora de qualquer contexto de natureza produtiva, ademais, alia-se a um problema extremamente grave que é o de que a utilização desses contratos estimula a imoral prática da promiscuidade entre o público e o privado, em caráter privilegiado para uma camada da sociedade, que reina no Brasil desde os seus primórdios.

Ora, entre aquele que presta o serviço e o ente público interpõe-se uma terceira pessoa, uma pessoa jurídica, que recebe pelo serviço realizado por outros e cuja constituição, nos moldes a respeitar os requisitos editalícios, é restrita a uma camada muito limitada da sociedade.

O que se faz com um agravante: o valor que se paga ao ente jurídico privado se extrai da exploração que se faz sobre os trabalhadores. Ou seja, em vez de se remunerar adequadamente os que prestam serviços, o ente público gasta a mesma coisa e às vezes muito mais para pagar ao ente privado, que fica com a maior parte do bolo, repassando aos trabalhadores parcela ínfima, quase sempre insuficiente sequer para adimplir os mínimos direitos previstos na nossa parca, em termos de qualidade, legislação trabalhista.

Lembre-se que a exigência do concurso público, também, tem a finalidade de evitar que o administrador, raciocinando não como administrador, mas como político, cause danos ao interesse público, com as constantes trocas de servidores após cada término de gestão, o que também há muito se incorporou à história do Brasil. “A linguagem política do período imperial consagrou o termo *derrubada* para designar a remoção de funcionários, quando tal remoção era conseqüência da vitória eleitoral de uma nova facção – organizada em partido – das classes dominantes escravistas. Essa instabilidade estava, evidentemente, ligada à ausência de critérios de recrutamento segundo a competência individual, aferida de modo suficientemente formalizado.”[30]

Além disso, impõe analisar a questão também sob o prisma do princípio da moralidade. A prática da terceirização acaba trazendo consigo um interesse eleitoral, haja vista que um Prefeito passa a ter centenas (ou até milhares) de famílias que dependem de contratos com empresas prestadoras de serviços. Assim, ele “garante” os votos de todas as famílias com o argumento de que "se outro ganhar, os contratos serão revogados ou não serão renovados..."

Aliás, a terceirização no setor público, não deixa de ter uma razão parecida com aquela que a motivou no setor privado, de uma cerca represália dos empregadores contra as posturas reivindicatórias dos trabalhadores. Neste sentido, acaba sendo muito conveniente para a Administração terceirizar em vez de nomear servidores em caráter efetivo, já que isto lhe permite manter de forma mais cômoda o controle sob os seus administrados, pois se algum terceirizado "causar problema", basta dar um telefonema à empresa e ela demite o empregado ou, no mínimo, recoloca-o em outra empresa para trabalhar. Eliminam-se “problemas” com passeatas, greves e movimentos sindicais em virtude de não haver a mínima estabilidade (jurídica e fática) do empregado no serviço público.

Assim, dizer que a terceirização não causa nenhum dano ao trabalhador e sobre tudo aos servidores públicos, enquanto classe de trabalhadores, é desconhecer a realidade ou não querer enxergá-la, por desinteresse ou comprometimento.

4. A normatividade constitucional e infraconstitucional a respeito do tema.

Dizem o art. 37 e seus incisos I e II da CF: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

Têm-se, assim, expressamente, fixados na Constituição os requisitos antes mencionados, para a execução de serviços públicos: impessoalidade; publicidade; moralidade; acessivo amplo; concurso público; tudo para evitar os defeitos por demais conhecidos do

favorecimento, do nepotismo e da promiscuidade entre o público e camadas privilegiados do setor privado.

Resulta desses dispositivos que a execução de tarefas pertinentes ao ente público deve ser precedida, necessariamente, de concurso público. Nestes termos, a contratação de pessoas, para prestarem serviços à Administração, por meio de licitação fere o princípio do acesso público. Assim, se, por exemplo, algum município quiser contratar um servidor, deverá faze-lo mediante realização de concurso público de provas e títulos, que será acessível a todos os cidadãos, respeitados os requisitos pessoais exigidos em termos de qualificação profissional, por acaso existentes e justificados em razão do próprio serviço a ser realizado. Ao se entender que o mesmo município possa realizar esse mesmo serviço por meio de uma empresa interposta, estar-se-á, simplesmente, dando uma rasteira no requisito do concurso público e mais permitindo o favorecimento de uma pessoa jurídica, que, no fundo, estará recebendo dinheiro público, sem uma justificativa para tanto.

Claro, se poderá dizer, mas há previsão, também na Constituição, no inciso XXI, do mesmo artigo 37, no sentido de que o ente público poderá contratar serviços mediante processo de licitação: "XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, **serviços**, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

É tão óbvio que a expressão serviços contida no inciso XXI não pode contrariar a regra fixada nos incisos I e II, que chega mesmo a ser agressivo tentar fundamentar o contrário. Ora, como já dito, se um ente público pudesse contratar qualquer trabalhador para lhe prestar serviços por meio de uma empresa interposta se teria como efeito a ineficácia plena dos incisos I e II, pois que ficaria na conveniência do administrador a escolha entre abrir o concurso ou contratar uma empresa para tanto, a qual se incumbiria de escolher, livremente, a partir dos postulados jurídicos de direito privado, as pessoas que executariam tais serviços.

O inciso XXI, evidentemente, não pode ter tal significação. Tomando o artigo 37 em seu conjunto e mesmo no contexto do inciso XXI, em que se insere, o termo "serviços" só pode ser entendido como algo que ocorra fora da dinâmica permanente da administração e que se requeira para atender exigência da própria administração, como por exemplo, a implementação de um sistema de computador, ou a preparação dos servidores para trabalhar com um novo equipamento. Para esses serviços, o ente público poderá contratar uma empresa especializada, valendo-se, necessariamente, de processo de licitação.

Não se pode entender, a partir da leitura do inciso XXI, que o ente público, para implementar uma atividade que lhe seja própria e permanente, possa contratar servidores por meio de empresa interposta, até porque, se pudesse, qual seria o limite para isto? Afinal, serviço é a o que realizam todos os que trabalham no ente público. O que fazem os juízes, por exemplo, senão a prestação de serviços ao jurisdicionado?

Costuma-se dizer que a "execução de tarefas executivas"[31], como, por exemplo, os serviços de limpeza, podem ser executados por empresa interposta, baseado no que prevê um decreto de 1967, número 200 e em uma Lei de 1970, número 5.645. Em primeiro lugar, um decreto e uma lei ordinária não podem passar por cima da Constituição, ainda mais tendo sido editados há quase 40 anos atrás. Segundo, a Constituição não faz qualquer distinção quanto aos serviços para fins da necessidade de concurso público. Mesmo a contratação por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, deve ser precedida de pelo menos um processo seletivo. E, terceiro, como justificar que os serviços de limpeza possam ser exercidos por uma empresa interposta e não o possam outros tipos de serviço realizados cotidianamente na dinâmica da administração, como os serviços burocráticos de secretaria e mesmo todos os demais?

Se nos "serviços" a que se refere o inciso XXI pudessem ser incluídos os serviços que se realizam no âmbito da administração de forma permanente não haveria como fazer uma distinção entre os diversos serviços que se executam, naturalmente, na dinâmica da administração, senão partindo do critério não declarado da discriminação, retomando, ademais, o caráter estamental, que influenciou a formação de nossa sociedade. Mas, isto, como se sabe, ou se deveria saber, fere frontalmente os princípios constitucionais da não discriminação, da isonomia, da igualdade e da cidadania.

Vale a pena, por isto, relembrar alguns textos constitucionais que devem ter incidência neste assunto, pois não é somente um pretenso interesse do administrador que pode ser considerado.

Art. 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (....) III - a dignidade da pessoa humana;"

Art. 3º: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (....) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º: "Todos são iguais perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos **estrangeiros residentes no País** a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (....) XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;"

Art. 7º: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (....) XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;"

Cabe verificar, ainda, neste mesmo sentido, as normas no âmbito internacional:

a) na Declaração da Filadélfia, de 1944, que trata dos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho:

"todos os seres humanos, qualquer que seja sua raça, sua crença, ou seu sexo, tem o direito de perseguir seu progresso material e seu desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com chances iguais";

b) na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

"Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e deve agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade." (art. 1º.)

"Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição." (art. 2º.)

"Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego." (art. 23, 1)

c) na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948:

"Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta Declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra." (art. 2º.)

"Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o direito de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes." (art. 14)

d) na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Resolução n. 2.106-A 000 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965 e ratificada pelo Brasil, em 27 de março de 1968, que enuncia em seu preâmbulo:

"Convencidos de que todas as doutrinas de superioridade fundamentadas em diferenças raciais são cientificamente falsas, moralmente condenáveis, socialmente injustas e perigosas, e que não existe justificativa, onde quer que seja, para a discriminação racial, nem na teoria e tampouco na prática";

e) na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969:

"Art. 1º. Obrigação de respeitar os direitos:

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social."

f) no Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), de 17 de novembro de 1998.

"Obrigação de não-discriminação.

Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social." (art. 3º.)

g) e, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979 e ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984, lembrando que:

"os Estados-partes nas Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos têm a obrigação de garantir ao homem e à mulher a igualdade de gozo de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos".

Retomando, a normatividade interna e o aspecto da abrangência da expressão "serviços", contida no inciso XXI, do art. 37, da Constituição, interessante verificar que a própria Lei n. **8.666, de 21 de junho de 1993, que regula o processo de licitação, considera, para fins da referida lei, "**Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais" (inciso II, do art. 6º.), pressupondo o seu caráter temporário, conforme previsão do art. 8º.: "A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus *custos atual e final* e **considerados os prazos de sua execução**."

Verdade que na mesma lei, encontra-se o inciso II, do artigo 57, que ao dispor do limite da duração dos contratos firmados com a administração por meio de processo licitatório faz menção, excepcionando a regra, "à prestação de serviços a serem executados de forma contínua" à administração. Mas, em primeiro lugar, referido dispositivo foi inserido na Lei em 1998, alterando inovação do texto legal realizada, em 1994, talvez no sentido de legitimar algumas práticas de terceirização já existentes no setor público, só que, evidentemente, não há legitimação de uma situação fática que contrarie a Constituição. Como a Constituição, como visto, determina que os serviços atinentes à dinâmica da administração sejam realizados por servidores concursados, não será uma lei ordinária que dirá, validamente, o contrário.

Assim, adotando-se o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, o serviço contínuo, referido no inciso II, do art. 57, da Lei n. 8.6666/93, só pode ser entendido como um serviço que se preste à administração, para atender uma necessidade cuja satisfação exija alta qualificação de caráter técnico, requerendo, portanto, por meio de processo licitatório, a contratação de uma empresa especializada e que, embora permanente

sua execução, se inclua na lógica do contexto de sua dinâmica organizacional apenas esporadicamente, como, por exemplo: a manutenção de elevadores; o transporte de valores em vultuosa quantia... Para além disso, ter-se-á uma flagrante inconstitucionalidade.

Verdade que o artigo 175, também da Constituição, fornece ao administrador a possibilidade de escolha no que se refere aos serviços públicos. Diz o referido texto constitucional: " Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de **concessão** ou **permissão**, sempre através de licitação, a **prestação de serviços públicos**."

No entanto, não se há confundir os "serviços" mencionados no inciso XXI, com serviço público. O serviço público, como explica Celso Antônio Bandeira de Mello, "é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados"[32].

Os "serviços públicos", mencionados no artigo 175, têm, portanto, natureza diversa dos "serviços" a que se referem o inciso XXI, do art. 37. Os serviços públicos são prestados aos administrados e não à própria administração. A execução desses serviços públicos pressupõe, por óbvio, a criação de uma estrutura que seja própria a consecução de seus fins e que requer, portanto, o exercício de alguma atividade de natureza empresarial, que o Estado pode realizar por si ou mediante outorga a um ente privado, mediante licitação. Não se concebe, pela regra do art. 175, que o Estado transfira para o particular um serviço atinente à sua própria organização interna ou mesmo um serviço que se destine à população, mas que não requeira nenhum tipo de organização de caráter empresarial, pois neste último caso, a interposição do ente privado se faria apenas para possibilitá-lo explorar, economicamente, a atividade pública, sem oferecer nada em troca. Esta última questão pode ser mais polêmica, concordo, mas de todo modo não pode haver dúvida de que o art. 175 não é fundamento para a mera terceirização de serviços no âmbito da administração pública.

Contra a "tese" que se está sustentando neste texto pode-se, ainda, mencionar o disposto no artigo 247 da Constituição: "As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva **atividades exclusivas de Estado**."

Assim, segundo a própria Constituição haveria uma distinção entre as atividades desenvolvidas no âmbito da administração, sendo algumas consideradas "atividades exclusivas de Estado" e, outras, conseqüentemente, não.

Sim, isto é inquestionável, diante dos inequívocos termos do dispositivo constitucional. No entanto, abstraindo a dificuldade do que seria, propriamente, atividade exclusiva de Estado, o fato é que a diferenciação feita pela Constituição diz respeito, unicamente, aos critérios específicos para a "perda do cargo", não tendo, portanto, nenhuma influência no aspecto do ingresso no serviço público, do que se trata a questão posta em discussão. Aliás, é o próprio artigo 247 que acaba reforçando a idéia de que o ingresso de todos os servidores da Administração, independente da tarefa que exerçam, se dê por intermédio de concurso

público, pois, do contrário, não haveria sentido em trazer a distinção quantos aos critérios para a perda do cargo.

Conclusivamente, não há em nosso ordenamento constitucional a remota possibilidade de que as tarefas que façam parte da dinâmica administrativa do ente público serem executadas por trabalhadores contratados por uma empresa interposta. A chamada terceirização, que nada mais é que uma colocação da força de trabalho de algumas pessoas a serviço de outras, por intermédio de um terceiro, ou seja, uma subcontratação da mão-de-obra, na esfera da Administração Pública, trata-se, portanto, de uma prática inconstitucional.

5. Conclusão.

Nunca é demais lembrar que a defesa teórica da possibilidade da contratação de serviços por empresa interposta no âmbito da administração tem, na prática, apenas permitindo que serviços de menor "status" social sejam contratados por meio de empresa interposta, favorecendo os proprietários dessas empresas, sem nenhum benefício para a administração, a não ser um ilusório "lucro" que se obtém com a diminuição do custo desta mão-de-obra. Ilusório porque não raro, como sói acontecer, como as empresas de terceirização, porque não têm atividade empresarial própria, a não ser o comércio de gente, não possuem bens suficientes para garantir os créditos trabalhistas desses "servidores" e como efeito o ente público é responsabilizado ao pagamento desses créditos, considerando o Judiciário, como deve mesmo ser, inconstitucional o § 1º., do art. 71, da Lei n. 8.666/93. Mantém-se, assim, a lógica oligárquica da divisão dos papéis entre o público e o privado, ficando o lucro para este e o prejuízo para aquele. Só não se pode pensar em corrigir este problema com aplicação de uma espécie de pena aos trabalhadores, negando qualquer responsabilidade do ente público, pois os trabalhadores também fazem parte da sociedade e a situação a que foram submetidos foi criada, assumida e conscientemente, pelo próprio ente público.

Fácil verificar, também, o que se passa nos entes administrativos por este Brasil afora com a prática da terceirização. Os "terceirizados", que, no geral, são vigias, copeiros, auxiliares de limpeza, garçons, estão sempre inseridos na lógica cotidiana das atividades da administração e, conseqüentemente, subordinam-se à dinâmica que lhe é natural, mas são tratados de forma preconceituosa, como cidadãos de categoria inferior, que estão ali prestando serviços por favor da empresa prestadora. São elementos descartáveis e com relação aos quais sequer alguma espécie de atenção precisa ser dada, a não ser para algum ato de caridade. Ao final do contrato, firmado entre o ente público e a empresa prestadora, os terceirizados são dispensados, "ad nutum", não recebem seus direitos e para tentar fazer valê-los são obrigados a se submeter a um longo percurso na via processual, tendo, ainda, que suportar o ente público dizendo, em audiência, que nada tem a ver com tal situação, arrotando o §1º., do art. 71, da Lei n. 8.666/93 e valendo-se dos privilégios processuais que a legislação, também de forma inconstitucional, lhe confere.

Trata-se, no entanto, como demonstrado, de uma situação insustentável juridicamente, infelizmente ainda defendida em boa parte da doutrina e acobertada pelo Judiciário e pelo próprio Ministério Público, o que se explica, na perspectiva dos dois últimos, pelo fato de que eles também se aproveitam, e muito, desta prática inconstitucional e imoral.

A explicação para isto certamente não é, como se imagina, o inexorável reflexo da modernidade, mas a mera repetição de uma antiga prática, que, inconscientemente, ainda habita nosso cotidiano, conforme relata Boris Fausto: “As relações escravistas não se resumiram a um vínculo direto entre senhor e escravo, sem envolver outras pessoas. Houve cativos alugados para a prestação de serviços a terceiros, e nos centros urbanos existiram os ‘escravos de ganho’ – uma figura comum no Rio de Janeiro dos primeiros decênios do século XIX. Os senhores permitiam que os escravos fizessem seu ‘ganho’, prestando serviços ou vendendo mercadorias, e cobravam em troca um quantia fixa por dia ou por semana.”[33]

A pergunta que fica no ar é: e quando o explorador é quem deveria coibir a exploração? A quem o cidadão pode recorrer para exigir seus direitos?

O mais grave disso é que, como previa Montesquieu, quando o poder não limita o poder, tem-se a negação do Estado democrático de direito e atrás do pressuposto estabelecido de que o Estado não deve respeito à Constituição vem a derrocada de uma gama enorme de direitos, tanto sociais quanto individuais.

Portanto, cabe a todos que compõem à sociedade, sobretudo aos sindicatos de servidores e as pessoas ligadas ao mundo jurídico, exigir que o Estado respeite a Constituição, mesmo que isto se faça para a defesa do direito de outras pessoas, abstratamente consideradas, pois, do contrário, mais tarde, não se terá o argumento da constitucionalidade para se proteger de alguma agressão aos direitos fundamentais. Em outras palavras, mais diretas, se o Estado não precisa respeitar a Constituição com relação aos seus servidores (“terceirizados”), por que precisará fazê-lo com relação a cada um de nós?

São Paulo, 29 de março de 2006.

(*) Juiz do trabalho, titular da 3ª. Vara do Trabalho de Jundiaí. Professor livre-docente de direito do trabalho da Faculdade de Direito da USP.

[1]. Fordismo e toyotismo: na civilização do automóvel. São Paulo: Boitempo, 2002.

[2]. Os sentidos do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999, p. 54.

[3]. Ricardo Antunes, ob. cit., p. 55.

[4]. O modelo toyota: 14 princípios de gestão do maior fabricante do mundo. Trad. Lene Belon Ribeiro. Porto Alegre: Bookman, 2005.

[5]. Jeffrey k. Liker, ob. cit., p. 30.

[6]. Jeffrey k. Liker, ob. cit., p. 30.

[7]. Jeffrey k. Liker, ob. cit., p. 30.

[8]. Ob. cit., p. 31.

[9]. Jeffrey k. Liker, ob. cit., p. 31.

[10]. Ob. cit., p. 32.

[11]. Jeffrey k. Liker, ob. cit., p. 33.

[12]. Jeffrey k. Liker, ob. cit., p. 34.

[13]. Ob. cit., p. 49.

[14]. Ob. cit., p. 52.

[15]. Adeus ao trabalho? Ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 8ª. Edição. São Paulo: Cortez; Campinas: UNICAMP, 2002, p. 33.

[16]. Ob. cit., p. 33.

[17]. Ricardo Antunes, ob. cit., “Adeus ao trabalho...”, p. 33.

[18]. Ob. cit., “Sentidos...”, p. 56.

[19]. Idem, p. 56.

[20]. Ibidem, p. 57.

[21]. Ob. cit., “Fordismo...”, p. 48.

[22]. Ob. cit., “Os sentidos...”, p. 57.

[23]. Ob. cit., “Fordismo...”, p. 48.

[24]. Ob. cit., “Fordismo...”, p. 49.

[25]. Ob. cit., “Fordismo...”, p. 49.

[26]. Ob. cit., “Fordismo...”, p. 50.

[27]. Ob. cit., “Fordismo...”, p. 51.

[28]. Ob. cit., “Fordismo...”, p. 49.

[29]. O novo contrato de trabalho: teoria, prática e crítica da lei n. 9.601/98, em co-autoria com Luiz Otávio Linhares Renault e Fernanda Melazo Dias. São Paulo, LTr, 1998, p. 27,

[30]. Décio Saes, A Formação do Estado Burguês no Brasil – 1888-1891, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1985, p. 125.

[31]. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Parcerias na Administração Pública, Atlas, São Paulo, 1999, p. 168.

[32] Curso de Direito Administrativo, Malheiros, São Paulo, 2006, p. 634.

Disponível em: <http://www.apollonialearning.com.br/ARTIGO CIENT%CDFICO.htm>. Acesso em: 04 mai 2007.