

A espada de Dâmocles e a
atuação da PGM-RJ:

A terceirização na
Administração pública como um
direito de ter direitos?

The sword of Damocles and the
performance of PGM-RJ:

Outsourcing in public
administration as a right to have
rights?

FLÁVIA AMARAL SETTE*

ILAN GOLDBERG*

* Advogada revisora, com experiência em contencioso e consultivo trabalhista para empresas e para empregados. Graduação em Direito- Mackenzie (2014), especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho - Ibmec (2017) Pesquisadora bolsista integral pela CAPES de 2017 até 2019. Mestre em Direito do Trabalho e Previdenciário - UERJ (2019).

| Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9050949267680472>

* Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) - 2015 a 2018. Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes (2007). Área de Concentração: Regulação e Concorrência. Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC em 2003. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ em 1998. Indicado pela Who's Who Legal como referência por sua atuação na área de seguro/resseguro nos anos de 2012- 2019 tanto na publicação "Brazil" quanto na publicação internacional. Reconhecido pela Chambers & Partners como referência por sua atuação na área de seguro/resseguro nos anos de 2014 - 2019 nas publicações "Global" e "Latin America". Indicado pela "The Legal 500" como referência por sua atuação na área de seguro/resseguro nos anos de 2014 - 2019. Sócio fundador de Chalfin, Goldberg & Vainboim Advogados Associados desde 2000. Professor visitante da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, da Escola Nacional de Seguros (ENS), do IDS América Latina e na Procuradoria

Resumo: No presente trabalho investigou-se a viabilidade da efetivação dos direitos fundamentais no âmbito do Município do Rio de Janeiro relacionada à prática da terceirização de serviços, a partir da atuação da Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, no qual foram tecidas considerações sobre a prevalência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da supremacia do interesse público sobre o privado. Para tanto, utilizou-se da doutrina da teoria dos princípios e dos direitos fundamentais de Robert Alexy, bem como de pesquisas de âmbito local e nacional. Chegou-se a conclusão de que terceirizar na Administração Pública Municipal do Rio de Janeiro é garantir o direito de ter direitos fundamentais, dos trabalhadores e dos administrados, porque cumpre com maestria princípios e valores constitucionais que privilegiam a supremacia do interesse público, o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana e concede a oportunidade de efetivar os direitos fundamentais, vez que permite “o Direito de ter Direitos” e que a posição desconfortante do gestor público exemplificado pela lenda grega de Dâmocles é amenizada ou extinta pela atuação proativa da PGM-RJ, o que não ocorre com a PGM-SP.

Palavras-chave: Terceirização; Direitos fundamentais; Trabalho; Administração Pública; PGM-RJ.

Summary: In the present work, the feasibility of implementing fundamental rights within the municipality of Rio de Janeiro was investigated, related to the practice of outsourcing services, based on the actions of the prosecutor's office of the municipality of Rio de Janeiro, in which considerations were made about the prevalence the fundamental principle of the dignity of the human person, the social value of work and the supremacy of the public interest over the private. To this end, we used the doctrine of Robert Alexy's theory of principles and fundamental rights, as well as local and national research. The conclusion was reached that outsourcing in the municipal Public Administration of Rio de Janeiro is to guarantee the right to have fundamental rights, of

Geral do Estado do Rio de Janeiro. Professor convidado e Coordenador dos Cursos de Direito do Seguro e Resseguro na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio).

| Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4199535337003697>

| ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1720-9954>

workers and those managed, because it masterfully complies with constitutional principles and values, which privilege the supremacy of the public interest, the value social work and the dignity of the human person and grants the opportunity to realize fundamental rights, since it allows "the Right to have Rights" and that the uncomfortable position of the public manager, exemplified by the Greek legend of Damocles, is alleviated or extinguished due to the proactive action of PGM-RJ, which does not happen with PGM-SP.

Keywords: Outsourcing; Fundamental rights; Work; Public Administration; PGM-RJ.

Introdução

Enviado em 28 de novembro de 2023 e aceito em 5 de dezembro de 2023.



A Carta Magna não pode ser considerada como um compêndio normativo, esvaziado de sentido, pois ela regula o nosso ordenamento jurídico e está constantemente dirigindo-se para o futuro. Trata-se de uma Constituição programática que está sempre antevendo as possibilidades que estão por vir no campo das Políticas Públicas e da efetivação dos direitos e princípios fundamentais.

A Constituição de 1988 apresenta-se como uma pactuação compromissória voltada para a consecução da Justiça Social, da Igualdade, da Fraternidade, da Solidariedade, do Desenvolvimento, Político, Econômico e Social, da Democracia, do Progresso, da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos Fundamentais. Esses direitos demandam atuação, seja pelo poder legislativo, criando leis, seja pela atuação do poder executivo, na

atuação dos órgãos administrativos, seja pela atuação judicial, interpretando a lei.

Direitos fundamentais são diretrizes normativas pautadas no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, regulando as relações entre indivíduos, entre estes e o Estado, e entre os Estados, representando quase que um código social, estabelecendo regras e princípios que devem ser cumpridos. São preceitos mínimos que permitem avaliar a condição evolutiva de um ordenamento jurídico. Logo, sua presença é essencial em uma Constituição, pois representam a igualdade formal (abstrata) e, quando efetivados, alcançam a igualdade material (concreta).

Por isso, torna-se útil refletir sobre novas possibilidades de conferir-lhes eficácia, tornando-os cada vez mais efetivos. Observa-

se que o ativismo judicial produz movimentos nessa direção, de dar efetividade e fazer com que as políticas públicas não se omitam em cumprir os direitos fundamentais, sempre condizentes com o real orçamento que se possui. Nesse diapasão, conferir efetividade a um direito social fundamental implica disponibilidade de recursos orçamentários. A grande pergunta que surge é: seria possível uma Procuradoria ativista em prol da efetivação de direitos, a partir de uma atuação incessante e proativa? É isso que será demonstrado em relação à Procuradoria do Município do Rio de Janeiro (PGM-RJ) quanto à temática da terceirização de serviços na Administração Pública, de modo a desconstruir o dogma repetido pela doutrina: de que terceirizar é precarizar direitos trabalhistas. Veremos que, na realidade, ocorre justamente o contrário (quando feito com controle e fiscalização devida do cumprimento das obrigações trabalhistas pelos contratados/prestadores de serviços), atendendo à supremacia do interesse público e à efetivação dos princípios administrativos da eficácia e da eficiência, garantindo o direito de ter direitos fundamentais, solucionando os casos difíceis e, finalmente, aplicando valores e efetivando princípios, a partir das teorias dos direitos fundamentais e da ponderação de valores de Robert Alexy, como será demonstrado a seguir.

Os direitos fundamentais, pela ótica jusnaturalista, são direitos inerentes ao homem; na visão positivista, são aqueles postos nas Constituições dos Estados; e, sob o olhar contemporâneo, são aqueles inatos ao ser humano pelo fato da dignidade ser inerente aos viventes. Tais direitos devem ser assegurados pelo Estado, visto que são fundamentais ao desenvolvimento de uma

sociedade mais justa e humana. Logo, sem fundamento não há desenvolvimento, ou mesmo evolução de qualquer projeto, por mais simples que seja. Por isso é tão importante que esse tema de direitos fundamentais esteja previsto na política fundamental de um país.

Os direitos fundamentais são bens jurídicos pertencentes às pessoas físicas e jurídicas, positivados na Lei Maior do Estado e em outras fontes normativas, como nos tratados internacionais. Se o ordenamento jurídico internacional caminha nessa direção, o ordenamento interno igualmente deveria fazê-lo – e quando não faz, precisará fazer. Evoluir é o lema de todo Estado que possui direitos fundamentais para efetivar.

O desafio de tratar do tema dos direitos fundamentais leva à busca de fontes doutrinárias, de decisões judiciais, de jurisprudência, do direito comparado, dos termos dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a fim de demonstrar a extensão da temática que, por sua vez, é historicamente determinada.

Por outro lado, as questões polêmicas as quais envolvem os direitos fundamentais dizem respeito às diversas denominações dadas a eles atribuídas, a saber: direitos do homem, direitos humanos, liberdades públicas, liberdades fundamentais, garantias fundamentais, direitos públicos subjetivos e direitos subjetivos.

O surgimento dos direitos fundamentais não é marcado por um momento específico, mas por vários, visto que é resultado do avançar dos períodos, agregando as características socioideológicas de cada período. Por esse motivo, muitas vezes o tema se mostra desafiador e complexo, visto que

atrai divergentes opiniões, mas que congrega possibilidades convergentes.

Esses direitos surgiram em decorrência de movimentos que buscavam a fixação de garantias mínimas aos indivíduos frente aos mecanismos de poder centralizado existentes nas épocas remotas. Ademais, objetivavam limitar a atuação invasiva do Estado frente aos seus súditos, às suas propriedades, afirmar a liberdade dos indivíduos, ampliar e fortalecer o rol de direitos já conquistados, bem como exigir sua efetivação pelo Estado.

Os direitos fundamentais são divididos em gerações ou dimensões que possuem características próprias. Essa divisão revela a dinamicidade desses direitos, como veremos a seguir.

A primeira geração, no século XVIII, é representada pelo fortalecimento dos indivíduos em relação ao Estado, tratando de direitos civis. Já a segunda geração teve sua origem no século XIX, a partir da Revolução Industrial, com o surgimento do proletariado e da burguesia industrial. Essa geração continuou a se desenvolver no início do século XX, quando atingiu o seu auge, e representou rompimento da ótica individualista e valorização da social. A terceira geração, no século XX, trouxe a difusão dos princípios da solidariedade e da fraternidade, como por exemplo o direito ao meio ambiente. Por fim, a quarta geração, no século XXI, é representada pelo desenvolvimento tecnológico e democrático.¹

Os direitos fundamentais apresentam como características a inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. São normas cogentes de aplicabilidade imediata,

¹ Para maiores informações sobre as gerações dos direitos fundamentais Cf: MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. TOMO IV. Direitos Fundamentais. 3ª. Edição. Coimbra Editora. 2000.

dinâmicas e que apresentam natureza de cláusulas pétreas.

Nesse contexto, falar sobre direitos fundamentais é falar sobre o direito de ter os demais direitos. Quando falamos sobre terceirização de serviços na esfera pública, estamos refletindo sobre o desafio transmitido pela lenda grega da espada de Dâmocles². Isso reflete o dilema enfrentado pelos órgãos estatais, bem como por suas procuradorias em níveis estaduais e municipais. O Estado detém o poder de tomar decisões, mas essas decisões estão sujeitas a riscos, como a garantia de que os serviços públicos sejam prestados com qualidade e eficiência a um custo mínimo. Para enfrentar esses desafios, muitas vezes o Estado encontra na terceirização de atividades complementares ou auxiliares a melhor maneira de alcançar seus objetivos.

Desse modo, é possível dizer que paira sobre “a cabeça” da Administração Pública uma espada afiada que a qualquer momento

² “A lenda da espada de Dâmocles refere-se a uma lenda grega do período de 200 antes de Cristo. Apresenta a história do conselheiro da corte de Dionísio, o Velho, um tirano de Siracusa. Sobretudo, a história tornou-se uma lição de moral e uma expressão que significa perigo iminente. Esse tirano vivia em um palácio cheio de requintes e itens bonitos, com uma criadagem sempre disposta a fazer-lhe todas as vontades. Porém, muitos cidadãos de Siracusa invejavam sua riqueza e vida boa. Em especial, Dâmocles, que era um amigo íntimo e conselheiro, vivia declarando sua inveja à vida do amigo para os quatro ventos. Comumente, ele aparecia no palácio de Dionísio afirmando que ele era extremamente sortudo, tendo tudo que poderia desejar e sendo o homem mais sortudo do mundo. Entretanto, o Velho, cansado de ouvir isso todos os dias e de todos os lados decide propor que seu amigo fique em seu lugar por uma noite, o que ele rapidamente aceita. A princípio, Dâmocles teve acesso não somente à riqueza, mas também às mais belas mulheres do seu harem. Contudo, entre as festividades e bebidas compartilhadas com o público do passado, o protagonista percebeu que algo estava errado. Em resumo, logo acima de sua cabeça estaca pendurada uma espada afiadíssima. Mais ainda, a espada estava presa por um frágil fio do rabo do cavalo favorito de Dionísio. Desse modo, questionou Dionísio sobre o motivo da espada estar posicionada onde ele se sentava. Logo em seguida, o tirano explicou que vivia desse modo de propósito, para lembrar-se do constante risco de perder tudo” (Fernandes, 2021, s.p.).

pode cair e “matá-la”. Esse risco se manifesta nas condenações em massa da responsabilidade subsidiária do ente estatal, em razão da comprovação da culpa por ação ou omissão do ente estatal, consoante o entendimento já balizado pelo STF no tema 246. Todavia, a situação que mais tem exacerbado esse risco é aquela ligada à mera ausência de pagamento das verbas trabalhistas pela parte prestadora de serviços à administração pública na qualidade de tomadora de tais serviços. É o que se pretende desconstituir neste trabalho.

Se a terceirização é lícita, seja nas atividades meio ou fim na seara privada, por que não investigar os meios dela ser desenvolvida e utilizada com critérios na seara pública, já que cumpre de forma efetiva o encargo público de possibilitar uma prestação de serviços de larga escala e de qualidade no âmbito público?

1. Direitos sociais humanos. Evolução

O surgimento e a afirmação dos direitos sociais humanos marcam a transição do Estado Liberal de Direito para o Estado Social, visto que se verificou a necessidade de alteração do paradigma do Estado não interventor para o Estado interventor e executor de políticas públicas voltadas para o desenvolvimento social.

Verificou-se que deixar a economia promover a sua própria regulação não era a melhor das alternativas adotáveis por um governo, pois isso implicaria o desenvolvimento de alguns setores em detrimento de outros. Priorizar o lucro a todo custo, sem promover a igualitária valorização das pessoas, inevitavelmente geraria desigualdades. Naquela época, o ambiente não era propício às grandes mudanças que

uma ótica puramente liberal exigiria, já que, sem garantias e direitos mínimos conferidos aos cidadãos, não haveria como essa ideologia prosperar. Portanto, reconheceu-se a necessidade de intervenção do Estado para garantir a justiça social e a equidade.

Os impulsos naturais da onda liberal econômica e a característica da não atuação estatal trouxeram consequências funestas à sociedade, visto que intensificaram as desigualdades sociais e econômicas – as quais já eram existentes –, resultando na não distribuição de riquezas, ocorrida por conta da concentração dos bens de produção nas mãos de poucos.

O ideal de promoção do individual objetivando a promoção do social, ainda que indiretamente, não logrou êxito. Pelo contrário, permitiu que as instabilidades sociais e os desmandos de uma classe sobre a outra se intensificassem e agravassem as perspectivas de não crescimento, bem como da crise cada vez mais iminente.

O princípio da livre iniciativa de mercado não gerou os efeitos previstos por seus defensores na economia, pois esse pensamento preceituava que o aumento da produção implicaria o aumento natural da demanda de produtos. Na realidade, o que se viu foi o aumento da capacidade de produção sem acompanhar a correspondente demanda de mercado. Assim, a lei da oferta e da procura não se deu de forma natural, e os empresários que adotaram essa lógica produtiva não obtiveram êxito; não conseguiram cobrir seus custos e muito menos gerar lucros.

A lógica das fábricas era aumentar a produtividade a todo custo, sem se preocupar com os meios que faziam as fábricas produzir, ou seja, a mão de obra humana. Esse

pensamento dominou os Estados Unidos em 1903 e a França em 1906, tendo sua ascensão no final do século XIX. Nesse período, a setorização da produção tornou-se uma característica fundamental desse modelo. Os empregados não tinham noção clara de sua contribuição para o produto final, e isso se alinhava com a ideologia marxista da Mais-Valia do Trabalho, na qual os trabalhadores produziam em larga escala, mas recebiam baixos salários por sua produção. Esse período foi marcado por inúmeros acidentes de trabalho e um aumento da população em busca de oportunidades nas proximidades dos grandes centros industriais. Já no século XX, o modelo Fordista começou a ganhar força, alterando a lógica de produção das empresas ao mecanizar a mão de obra e especializar a produção. No entanto, isso não trouxe mudanças significativas em relação ao cenário anterior.³

Nesses sistemas, a competição entre as empresas não ocorreu de maneira equilibrada, o que resultou na incapacidade dos empresários com menos recursos financeiros de se manterem competitivos frente aos grandes empresários. Esse desequilíbrio acentuou as desigualdades sociais e econômicas já existentes. Diante desse cenário caótico, o Estado não tinha outra opção senão intervir na economia e começar a aplicar ideias que já haviam sido estabelecidas em épocas anteriores, como na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nos princípios afirmados pela Revolução Francesa de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, bem como nos imperativos sociais da Revolução Russa de

1917. O Estado alterou sua perspectiva, passando de uma valorização das empresas para uma lógica de valorização do ser humano. Isso resultou na concessão de direitos aos indivíduos, conferindo-lhes a qualidade de cidadãos, que, por esse status, exigiam do Estado uma atuação pró-ativa. Nessa nova abordagem, a distribuição de riqueza e a redução das desigualdades sociais e regionais se tornaram os objetivos fundamentais, refletidos nos textos das decisões políticas fundamentais de cada país que participou dessa Onda Social.

Na Lei Magna brasileira é possível perceber a influência da Constituição mexicana, de 1917, bem como da alemã, de 1919. Alessandro Santos de Miranda nos fala sobre o significado desse novo Estado de Direito: em sua evolução natural, o Estado Contemporâneo assume a forma de Estado Social de Direito, o qual deve ser concebido desde o ponto de vista formal e material, sendo capaz de adotar políticas públicas que atendam às demandas sociais emergentes (Miranda *apud* Sarlet, 1998).

Sobre a evolução dos direitos sociais nas constituições brasileiras, o referido autor destaca que ocorreu da seguinte forma:

Em 1824, não houve contribuição a esses direitos; A republicana, de 1891, nada somou. A polaca, de 1934, com influência da Constituição de Weimar, apresentou os artigos 138 que previa amparo aos desvalidos, estímulo a educação, socorro às famílias de prole numerosa, entre outros direitos sociais e o 141, o amparo à maternidade e à infância. A carta de 1937, não acrescentou nada. A de 1967 e, a Emenda de 69, também nada acrescentaram. A cidadã, de 1988, incluiu os direitos sociais, no título dos direitos e garantias fundamentais e fundou a era mais social de todas. (Miranda *apud* Sarlet, 1998, p. 49).

Os direitos sociais apresentam conexão direta com a questão social do ser humano.

³ Para maiores informações Cf: CASTEL, Robert. As metamorfoses da questão social. Uma crônica do salário. Trad. Iraci, D. Poletti. 12 ed. RJ. Vozes. 2017.

Cita-se Reinaldo Daniel Moreira, nesse sentido, quando afirma:

É necessário destacar que os direitos sociais, também chamados de direitos de igualdade ou de segunda geração, surgiram a partir dos reclamos de promoção de uma situação mais igualitária entre os indivíduos e setores sociais menos favorecidos (Moreira, 2011 *apud* Guerra Filho, 2003, p.53)

2. Definição de direitos sociais fundamentais humanos

Os Direitos sociais são uma espécie de direitos fundamentais, ou seja, devem ser assegurados pelo Estado, visto que representam as prestações positivas da segunda dimensão de direitos fundamentais (Moreira, 2011 *apud* Guerra Filho, 2003, p.54).

Direito Social é aquele direito que, para ser concretizado, precisa da atuação positiva do Estado. Anteriormente, a ênfase estava na limitação da interferência do Estado na vida dos cidadãos. Contudo, atualmente a atuação estatal torna-se crucial para a concretização desses direitos garantidos pela CF/88. A intervenção do Estado desempenha um papel fundamental na conferência de eficácia e efetivação aos direitos sociais. Esses direitos não se referem apenas à liberdade, exigindo que o Estado não intervenha, mas sim àqueles que, para exaurirem sua eficácia, requerem ação estatal. Não se fala mais da atuação de uma lei que lhes dê eficácia, visto que essa forma de pensar tais direitos mostra-se, na atualidade, retrógrada. Hoje, os direitos sociais abrangem todos os aspectos essenciais ao desenvolvimento individual, impulsionando a efetivação da dignidade humana, como proposto por Hannah Arendt e Norberto Bobbio em sua "era dos direitos". A positivação desses direitos em uma lista

fechada não é mais a abordagem adequada, uma vez que eles se adaptam, evoluem e se renovam continuamente em resposta às mudanças na sociedade e nas necessidades dos cidadãos.

O surgimento dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro está intrinsecamente relacionado ao período denominado Constitucionalismo, durante o qual a Constituição do Brasil deixou de ser exclusivamente um documento político para se tornar uma carta de garantia de direitos fundamentais, fundadora de uma das diretrizes mais igualitárias da história do país. Isso sinalizou o início de uma nova era social, mais inclusiva, a qual contrastava com o período anterior, que abrangeu a ditadura militar de 1964 a 1985. Durante a ditadura, prevaleceu a perseguição política sob o pretexto de combater o comunismo, em meio ao contexto da Guerra Fria que surgiu após a Segunda Guerra Mundial e se estendeu até meados da década de 1990. Esse período foi marcado pela bipolaridade entre o capitalismo, liderado pelos Estados Unidos da América (EUA), e o socialismo, representado pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). O advento dos direitos sociais na Constituição brasileira representou uma mudança significativa em direção a uma sociedade mais inclusiva e igualitária, distanciando-se das tensões ideológicas e dos conflitos da Guerra Fria.

A CRFB/ 1988 os prevê:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988, grifo nosso).

É evidente que os direitos sociais possuem uma significação aberta e, por conseguinte, é

desafiador determinar a qual regime jurídico eles pertencem. Essa característica tem implicações significativas, uma das quais é que a técnica de subsunção pura, a qual busca apenas enquadrar os casos em regras pré-estabelecidas, não é adequada para sua interpretação. Em vez disso, a ponderação de valores se mostra mais apropriada, uma vez que os direitos sociais frequentemente estão imbuídos de princípios jurídicos que podem resultar em possíveis colisões entre normas de direitos fundamentais.⁴

É importante lembrar que os direitos sociais (Moreira, 2011), ou direitos públicos subjetivos, direitos da personalidade, liberdades públicas, direitos humanos, direitos dos cidadãos (Miranda, 2013 *apud* Romita, 2009, p.23), direitos e garantias fundamentais, ou ainda, direitos do homem, se mostram normas de abrangência indeterminada, com espectro de possibilidades enormes, sendo necessária a contribuição doutrinária dada por Reinaldo Moreira e por Alessandro Santos de Miranda, respectivamente:

Os direitos sociais, em grande parte, se inserem, de acordo com a proposta classificatória de *Robert Alexy*, na categoria dos chamados direitos prestacionais em sentido estrito. Seriam direitos a algo, que o indivíduo tem frente ao Estado, [...]São exemplos os direitos ao trabalho (...) Tais direitos são chamados por *Ingo Sarlet* de direitos sociais prestacionais. (13) (Moreira, 2011, *apud* Sarlet)

[...] para o professor *Díez-Picazo*, os direitos fundamentais são de forma genérica, direitos públicos subjetivos que os particulares ostentam frente a quaisquer poderes públicos estatais, (...) (Miranda, 2013, *apud* Díez- picazo, 2008).

Cabe destacar, nesses termos, Rodrigo Brandão, ao citar Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] Ingo Sarlet salienta que a expressão “direitos fundamentais” costuma ser usada para designar os direitos fundamentais positivados em sede das Constituições dos Estados, enquanto *direitos humanos* assumem conotação genérica ou específica para designar os direitos positivados em tratados internacionais. Já os direitos naturais vinculam-se, especificamente, à fundamentação conferida pelo jusnaturalismo aos direitos humanos [...]. (Brandão *apud* Sarlet, 2013, p.13).

Com relação à Constituição, é ela própria a origem de definições diversificadas dos direitos sociais, conforme se verifica nos exemplos de Alessandro Miranda e Rodrigo Brandão, respectivamente:

A própria Constituição Brasileira refere-se a diversas expressões: Direitos humanos (art. 4º, II), direitos e Garantias Fundamentais (Título II), Direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) e direitos fundamentais da pessoa humana (art.17) (Miranda, 2013, p.12).

[...]convém destacar que a Constituição emprega, por exemplo, as seguintes expressões: “direitos e garantias fundamentais” (Título II), “direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I do Título II), direitos sociais (Capítulo II do Título II), “direitos políticos” (Capítulo IV do Título II), “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” (art. 5, p. 1), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5, LXXI), “direitos e garantias individuais” (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da CF), “direito público subjetivo” (especificamente em relação à educação fundamental – art. 208, p. 1), e “direitos humanos” (art. 4, III, art. 5, p. 3 e 109, p. 5, os dois últimos introduzidos pela Emenda Constitucional n. 45/2004) (Brandão, 2013, p.20).

As diversas denominações atribuídas a esses direitos frequentemente resultam da confusão e das divergências doutrinárias, em alguns casos, sobre seu regime jurídico e da maneira pela qual são incorporados ao ordenamento jurídico pátrio.

⁴ Para maiores informações Cf: ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos fundamentais. 5. ed. São Paulo. Malheiros Editores. Trad. de Vígilio Afonso de Souza. 2008.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001) aborda a controvérsia em torno dos direitos fundamentais, ressaltando que a definição de seu regime jurídico levanta a questão da eficácia. Se os direitos sociais forem reconhecidos como fundamentais, eles terão eficácia imediata, embora possam não ser aplicados de imediato.

Da mesma forma, a controvérsia persiste tanto na doutrina quanto na jurisprudência, seja no que diz respeito à própria fundamentação e legitimação dos direitos sociais, seja no que concerne ao seu conteúdo e regime jurídico. Destacam-se, notadamente em matéria dos assim chamados *direitos sociais*, tanto as teses que questionam a própria *constitucionalização de tais direitos sociais* (sustentando até mesmo que, no todo ou em parte, tais direitos sequer deveriam estar na Constituição!), quanto as vozes daqueles que, *embora admitam a possibilidade de ter tais direitos previstos no texto constitucional, refutam a sua condição de autênticos direitos fundamentais*. Além disso, assume particular relevância a *controvérsia em torno do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais*, uma vez reconhecida sua condição de direitos fundamentais, o que, por sua vez, remete ao problema de sua *eficácia* e, por conseguinte, de sua *efetividade* (Sarlet, 2001).

3. Contribuição de Alexy para os Direitos Sociais. Visão Holística dos Direitos Fundamentais e da Teoria Dos Princípios

Inicialmente, utilizaremos a ótica de Barroso no que tange a Robert Alexy:

[...] Alexy considera que extremamente injusto é tudo aquilo que vulnera os direitos humanos básicos. E este mínimo de justiça tem validade universal. Uma vez incorporados à Constituição, os direitos humanos se convertem em direitos

fundamentais, vinculam todos os Poderes estatais e representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral. Os direitos fundamentais desfrutam de uma posição central no sistema, irradiando-se por todos os domínios do direito infraconstitucional. Esta visão compreensiva ou holística dos direitos fundamentais foi originariamente desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão no célebre caso Luth, comentado por Alexy em diversos de seus textos. [...] A reserva mínima de justiça corresponde aos direitos humanos básicos. E estes, convertidos em direitos fundamentais pela inclusão na Constituição, condicionam a compreensão de todo o ordenamento jurídico. (Barroso, 2014 *apud* Alexy, 2005, p.8)

Robert Alexy nos ensina que o ato de incorporar direitos relativos à humanidade os qualifica como fundamentais, bem como reafirma a condição moral do Estado perante a ordem internacional, que entende essa decisão como um passo em direção ao desenvolvimento social e humano. A indexação desses direitos na Constituição altera a interpretação de todos os direitos ali contidos, bem como de todos aqueles contidos no Ordenamento jurídico. É como se ocorresse a incidência de um princípio sobre todas as regras ali existentes, bem como sobre os outros princípios. Essa visão, denominada holística, guarda relação direta com a Reserva do Possível e com o Mínimo Existencial. Ou seja, para que todos os outros direitos tenham eficácia no ordenamento e na Constituição, é necessário que se assegurem condições mínimas de existência ao indivíduo para que se possa falar no direito aos outros direitos⁵,

⁵ Sobre a temática ligada à judicialização das políticas públicas de saúde e atuação proativa dos procuradores do município do Rio de Janeiro, que é uma forma de efetivar direitos e garantias fundamentais Cf: VALLE, Vanice Lírio do. Artigo: Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. 2013. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revistajuridica/03/artigos/artigo3.doc>. Acesso em: 30.10.2023. VALLE, Vanice Lírio; HUNGRIA, Ana Luisa Hadju. Implementação gradual de

na mesma perspectiva de Hannah Arendt (2000)⁶ e Norberto Bobbio (2004)⁷.

Podemos entender como reserva mínima da Justiça a atuação do Poder Judiciário no sentido de conferir efetividade ao Direito. Essa decisão atrai alguns conceitos, ligados à moral, à política e à ética. Por esse motivo, as questões que refletem sobre esse tema são, quase sempre, polêmicas, pois perpassam questões subjetivas e não objetivas.

Cita-se, ainda, a Teoria dos princípios:

A teoria dos princípios é um dos pilares da sua teoria dos direitos fundamentais e, segundo ele, seu sistema de constitucionalismo democrático seria incompleto sem ela. Uma anotação importante, logo de início, é que os princípios são tratados por ele como uma espécie de *norma jurídica*. Embora isso possa parecer relativamente óbvio, esta foi uma conquista importante entre nós. É que, no Brasil – e provavelmente em outras partes do mundo romano-germânico – os princípios eram tratados como uma fonte meramente subsidiária do Direito, a ser utilizada apenas em caso de lacuna normativa e, ainda assim, depois dos costumes e da analogia. Mesmo quem reconhecia aos princípios constitucionais o caráter de norma, a ela logo agregava o adjetivo *programática*, a significar que sua efetividade ficava a depender de uma integração normativa subsequente, geralmente uma atuação do legislador ordinário. De modo que o simples reconhecimento do *status* de norma, que vem da obra de Alexy, já foi importante em si. Porém, mais relevante, foi a formulação de que as normas de direito fundamental têm, com frequência, a estrutura de princípios. (...) Alexy formulou a sua clássica distinção qualitativa entre regras e princípios (...) utilizo aqui a

direitos socioeconômicos: um exercício hermenêutico de construtivismo constitucional na Corte Constitucional Sul Africana. Disponível em: http://app.tjrj.jus.br/revista-juridica/especial/files/assets/downloads/publicatio_n.pdf. Acesso em: 30.10.2023.

⁶ Para maiores informações Cf: ARENDT, Hannah. Origem do Totalitarismo: SP. Cia das Letras; Tradução de Roberto Barroso. 2000.

⁷ Para maiores informações sobre a Cf: BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

conceituação por ele utilizada em um dos últimos trabalhos publicados no Brasil, traduzido por Fernando Leal: “Princípios são mandamentos de otimização. Eles exigem que algo seja feito na maior medida possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Sua forma de aplicação é a ponderação. Regras são, ao contrário, normas que obrigam, proíbem ou permitem algo definitivamente. Nesse sentido, elas são mandamentos definitivos. Sua forma de aplicação é a subsunção (Barroso, 2014 *apud* Alexy, 2005)

Nesses termos, as normas de direitos fundamentais têm a estrutura de princípios, o que significa que não são normas as quais simplesmente impõem obrigações ou proibições, mas sim mandamentos de otimização. Esses mandamentos requerem a realização de algo na medida da adequação, proporcionalidade e razoabilidade, levando em consideração conceitos como mínimo existencial e reserva do possível. Portanto, é fundamental que o ordenamento jurídico indexe e garanta o cumprimento dessas normas, o que resultará na otimização da própria Constituição e de todo o sistema jurídico.

4. Eficácia e Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais

Para Luis Roberto Barroso (Barroso *apud* Moreira, 2011, p. 107), *A efetivação dos direitos sociais é, indiscutivelmente, mais complexa do que a das demais categorias.*

Os direitos fundamentais, notadamente os sociais, só cumprem sua finalidade se tiverem efetividade. Ruy Barbosa definia essas normas fundamentais como não autoexecutáveis, significando dizer que elas eram indicadoras de princípios e dependentes de uma legislação posterior que lhes completasse o sentido.

Posteriormente, passou-se a denominá-las como programáticas, mantendo o sentido de dependência de outras normas. Esta dependência as torna portadoras de eficácia limitada. Robert Alexy, como destacado por Luis Roberto Barroso, introduziu importantes alterações com sua Teoria dos Direitos Fundamentais ao afirmar que as normas de garantias fundamentais têm a estrutura de princípios. Essa perspectiva abre a possibilidade de colisões entre essas normas, e a resolução desses conflitos é realizada por meio da técnica de ponderação de valores, guiada pelo princípio da proporcionalidade (Barroso, 2014 *apud* Alexy, 2005). Além disso, é relevante ressaltar que os princípios são mandamentos de otimização que devem ser cumpridos.

Retornando à questão da eficácia das normas que precisam de complementação de outras que lhes deem significação, é importante observar que, na atualidade, a maioria das normas de direitos e garantias fundamentais, conforme estabelecido no artigo 5º, §1º, da Constituição de 1988, possui eficácia plena e aplicação imediata. A eficácia plena refere-se à capacidade das normas de produzirem os efeitos previstos pelo legislador originário.

Alguns doutrinadores defendem a posição de que algumas normas fundamentais são de aplicação imediata, e José Afonso da Silva também defende essa posição. Nesse contexto, importante destacar J.J. Gomes Canotilho:

aos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias se atribui uma força vinculante e uma densidade aplicativa (aplicabilidade imediata)” (Canotilho, 1992, p. 535).

Destarte, é importante lembrar o ensinamento de Robert Alexy enunciado por Ingo Wolfgang Sarlet, quando afirma:

*que se o indivíduo é titular de um direito prestacional em sentido estrito (direito social), ele pode exigir a entrega desse direito pelo Estado*⁸ (Sarlet, *apud* Alexy, 1988, p.7, grifo nosso)

Os limites à efetivação dos direitos fundamentais nos conduzem à análise prática da viabilidade de torná-los concretos, ultrapassando a utopia que frequentemente cerca essa temática. Esses limites estão relacionados às questões que a doutrina e a jurisprudência apontam como reais limitadores à concretização dos Direitos Sociais pelo Poder judiciário.

Refletir e pesquisar a terceirização na Administração Pública é refletir e pesquisar a efetivação de políticas públicas e dos direitos/princípios fundamentais, relativos ao valor social do trabalho e as garantias constitucionais trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados.

A terceirização de atividades ou serviços públicos (auxiliares/complementares) nos municípios pode ser vista como uma forma de concretizar o princípio da supremacia do interesse público. Isso ocorre quando o ente estatal é capaz de oferecer serviços públicos em grande escala, com qualidade e a um custo menor (quando comparado com a contratação de servidores públicos). Todavia, a terceirização no âmbito estatal também traz

⁸ Sarlet nos fala da definição de Alexy, em: “Se os direitos sociais a prestações (segundo Alexy, os direitos a prestações em sentido estrito, no sentido de direitos subjetivos a prestações materiais vinculados aos deveres estatais do Estado na condição de Estado Social de Direito”. Para mais detalhes Cf: SARLET, Ingo Wolfgang. Artigo: Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. p. 7-8.

consigo o dilema descrito na lenda grega da espada de Dâmocles, que destaca como o poder estatal pode ser amplo para tomar decisões e fazer escolhas que beneficiem a coletividade, mas ao mesmo tempo pode ser catastrófico em termos de responsabilidade, devido à possibilidade de caracterização de culpa administrativa por ação ou omissão do ente estatal. Nas próximas seções, serão abordados os tópicos da terceirização trabalhista e da responsabilidade subsidiária da Administração Pública no âmbito municipal.

5. A responsabilidade subsidiária do Município e a terceirização trabalhista

A Administração Pública é a reunião de todo o aparelho do Estado para a realização dos serviços, visando sempre atender a supremacia do interesse público. Os agentes públicos são aqueles encarregados de atender às demandas públicas e são orientados pelos princípios e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, especificamente no artigo 37, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Em outras palavras, toda a estrutura estatal está vinculada a esses princípios, juntamente com o princípio da supremacia do interesse público. Isso significa que a Administração Pública deve pautar seus atos tendo por base a lei, assim como deve tratar os administrados de forma imparcial, tomar decisões éticas, agir de forma transparente e buscar alcançar seus objetivos com o menor custo possível, sempre primando pela qualidade da prestação do serviço público. Caso esses princípios/direitos fundamentais não sejam respeitados, os atos administrativos podem ser considerados nulos ou anuláveis.

Para atender à enorme demanda relacionada à prestação de serviços, a Administração prescinde de terceirizar suas atividades e/ou serviços, contando com respaldo legal para cumprir sua função de atender ao interesse público. Esse respaldo está presente em disposições legais como na Lei 8.666/91 e no Decreto-Lei nº 200/1967, especificamente no artigo 10, 7º§ e 8º§.⁹

Para garantir a fiel execução dos contratos que envolvem a terceirização de serviços públicos auxiliares, como conservação, limpeza, segurança, informática e outros necessários para a adequada realização das atividades administrativas, é imperativo que a empresa contratada demonstre sua idoneidade no que diz respeito a questões coletivas de categorias sindicais e trabalhistas. Isso está de acordo com o Decreto nº 9.507 de 2018 e envolve um rigoroso acompanhamento, que começa na fase pré-contratual e se estende até a fase pós-contratual, demonstrando o estrito cumprimento dos princípios de eficiência e eficácia inerentes aos serviços públicos. Dentre as disposições desse decreto, é relevante destacar alguns artigos que puseram fim à celeuma doutrinária sobre os assuntos inerentes à Administração Pública

⁹ § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. § 8º A aplicação desse critério está condicionada, em qualquer caso, aos ditames do interesse público e às conveniências da segurança nacional.” Decreto lei 200 de 1967. Dispõe sobre a Organização da Administração Pública (...). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 13.10.2023.

no âmbito da terceirização de suas atividades auxiliares:

Art. 8º Os contratos de que trata este decreto conterão cláusulas que:

(...) III - estabeleçam que o pagamento mensal pela contratante ocorrerá após a comprovação do pagamento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS pela contratada relativas aos empregados que tenham participado da execução dos serviços contratados;

IV - estabeleçam a possibilidade de rescisão do contrato por ato unilateral e escrito do contratante e a aplicação das penalidades cabíveis, na hipótese de não pagamento dos salários e das verbas trabalhistas, e pelo não recolhimento das contribuições sociais, previdenciárias e para com o FGTS;

V - prevejam, com vistas à garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra:

a) que os valores destinados ao pagamento de férias, décimo terceiro salário, ausências legais e verbas rescisórias dos empregados da contratada que participarem da execução dos serviços contratados serão efetuados pela contratante à contratada somente na ocorrência do fato gerador; ou

b) que os valores destinados ao pagamento das férias, décimo terceiro salário e verbas rescisórias dos empregados da contratada que participarem da execução dos serviços contratados serão depositados pela contratante em conta vinculada específica, aberta em nome da contratada, e com movimentação autorizada pela contratante;

VI - exijam a prestação de garantia, inclusive para pagamento de obrigações de natureza trabalhista, previdenciária e para com o FGTS, em valor correspondente a cinco por cento do valor do contrato, limitada ao equivalente a dois meses do custo da folha de pagamento dos empregados da contratada que venham a participar da execução dos serviços contratados, com prazo de validade de até noventa dias, contado da data de encerramento do contrato; e

VI - exijam a prestação de garantia, inclusive para pagamento de obrigações de natureza

trabalhista, previdenciária e para com o FGTS, em valor correspondente a cinco por cento do valor do contrato, com prazo de validade de até noventa dias, contado da data de encerramento do contrato; e VII - prevejam a verificação pela contratante, do cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o FGTS, em relação aos empregados da contratada que participarem da execução dos serviços contratados, em especial, quanto:

a) ao pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;

b) à concessão de férias remuneradas e ao pagamento do respectivo adicional;

c) à concessão do auxílio-transporte, auxílio-alimentação e auxílio-saúde, quando for devido;

d) aos depósitos do FGTS; e

e) ao pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato.

§ 1º Na hipótese de não ser apresentada a documentação comprobatória do cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o FGTS de que trata o inciso VII do caput deste artigo, a contratante comunicará o fato à contratada e reterá o pagamento da fatura mensal, em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação esteja regularizada.

§ 2º Na hipótese prevista no § 1º e em não havendo quitação das obrigações por parte da contratada, no prazo de até quinze dias, a contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços contratados.

Art. 10. A gestão e a fiscalização da execução dos contratos compreendem o conjunto de ações que objetivam: (...) II – verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas; (...). (Brasil, 2018)

É relevante destacar que a terceirização no âmbito estatal não implica a permissão para que o ente administrativo permita a precarização das obrigações trabalhistas dos funcionários da empresa contratada. A lei estabelece critérios rígidos, com exemplos

específicos e requisitos rigorosos para que a terceirização seja considerada lícita, sem acarretar ônus para a Administração. Todavia, caso ela não fiscalize antes e após a formalização dos contratos, poderá estar sujeita à responsabilização por culpa, seja *in vigilando* ou *in eligendo*, conforme os ensinamentos de Cavalieri Filho, em sua teoria da Responsabilidade Civil.¹⁰

Sérgio Cavalieri Filho afirma que:

Responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, só se cogita de responsabilidade onde houver violação de um dever jurídico e dano. Responsável é a pessoa que deve ressarcir o dano decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim, é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, dever este que o agente podia conhecer e observar. Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil. (Filho Cavallieri, 2023, p. 12)

No que tange à responsabilidade subsidiária da Administração Pública, a Lei nº 8.666 de 1991, alterada em 1995, em seu artigo 71, dispõe sobre essa impossibilidade da seguinte forma:

O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, [...] 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* (Brasil, 1995).

O Município deve seguir as diretrizes previstas em lei, conforme enuncia a Nota Técnica de nº 3, elaborada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro:

Na esfera municipal, cada ente também tem a possibilidade de regular as contratações de

terceirizados por suas administrações. Seus limites serão as leis federais com força de norma geral, como o Decreto-Lei 200/1967, a Lei 8.666/1993 e a Lei 14.133/2021, bem como os próprios textos da Constituição Estadual, Constituição Federal e Lei Orgânica Municipal - quando não é nessa Lei Orgânica que se verifica a regulamentação. No município do Rio de Janeiro, a Câmara Municipal promulgou a Lei nº 6.353/2018, que proibia a contratação de pessoal para o desempenho de atividades-fim por meio de empresa intermediária, interposta, em órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta. Ação Direta de Inconstitucionalidade foi movida contra a norma pelo Prefeito à época, o que resultou na declaração de inconstitucionalidade formal e material da lei pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. [...]

A Súmula 331 foi atualizada ao longo dos anos, restando a seguinte redação final [...] Dois dos itens da súmula dizem respeito diretamente à terceirização na administração pública. São eles os incisos II e V. Isso porque a súmula buscou resguardar, a partir do inciso II, a supremacia do interesse público e a regra constitucional da obrigatoriedade de concurso público para o ingresso no quadro de servidores da Administração Pública (art. 37, II da Constituição Federal). É que mesmo nas situações em que a terceirização apresente algum tipo de ilicitude, não se produzirá o efeito que se observa na iniciativa privada, qual seja a formação do vínculo diretamente com o tomador dos serviços. Existe, portanto, impossibilidade de tal situação se verificar quando o tomador dos serviços é o poder público. Este item restou inalterado após a declaração parcial de inconstitucionalidade da Súmula 331 TST ocorrida a partir do julgamento, por parte do Supremo Tribunal Federal, do Tema 725 em Repercussão Geral, que reconheceu a inconstitucionalidade dos itens I, III, IV e VI da referida súmula. Em segundo lugar, o inciso V estabelece que ainda que a empresa prestadora de serviço não pague as verbas trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados, a administração pública teria uma responsabilidade apenas subsidiária, e mesmo esta seria condicionada à culpa administrativa pela ausência de fiscalização do contrato. Tal responsabilidade, portanto, não decorreria de mero inadimplemento da empresa prestadora de serviços, mas de uma culpa por parte da

¹⁰ Para maiores informações Cf: CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. Editora Atlas. SP. 2023.

Administração Pública no tocante à negligência na fiscalização das obrigações trabalhistas da prestadora. O item V da súmula 331, no entanto, demanda leitura conjunta com algumas leis e seus trechos específicos sobre a responsabilização do Estado no caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas e previdenciárias em empresas prestadoras de serviços para a Administração (MPE-RJ), 2022, p.17-23)

A referida Nota Técnica revela que a temática acerca da terceirização ainda é nebulosa, no que tange aos efeitos que gera para a Administração pública, de forma que a melhor medida é refletir sobre as opções existentes e legítimas em relação à sua aplicação aos entes estatais.

Ademais, essa Nota é omissa em relação à situação do Estado e Município do Rio de Janeiro, no que tange ao estado da arte da legislação local, inerente às questões da terceirização neste Município. No entanto, é enfática ao afirmar que a responsabilidade do Município do Rio não decorre exclusivamente do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas, mas somente quando comprovada a culpa do ente estatal em relação à fiscalização contratual do cumprimento das obrigações trabalhistas pelos empregados do contratado. Esse entendimento segue a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal (STF), a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e a legislação pertinente. Em resumo, a culpa decorre da comprovação de falha ou omissão do ente estatal em seu dever de fiscalizar o contratado, conforme estipulado pelo STF no tema 256:

Ementa: Recurso extraordinário representativo de controvérsia com repercussão geral. Direito constitucional. Direito do trabalho. Terceirização no âmbito da administração pública. Súmula 331, iv e v, do TST.

Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da lei nº 8.666/93. Terceirização como mecanismo essencial para a preservação de postos de trabalho e atendimento das demandas dos cidadãos. Histórico científico. Literatura: economia e administração. Inexistência de precarização do trabalho humano. Respeito às escolhas legítimas do legislador. Precedente: adc 16. Efeitos vinculantes. Recurso parcialmente conhecido e provido. Fixação de tese para aplicação em casos semelhantes. [...] 6. *A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.* 7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas. 8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter erga omnes e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010. 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “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”. (RE 760931, Relator(a): Rosa Weber, Relator(a) p/ Acórdão: Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, Processo eletrônico Repercussão geral - mérito DJe-206 Divulg. 11-09-2017 Public 12-09- 2017, grifo nosso)

A questão que se objetiva combater é que as decisões judiciais acabam presumindo uma ausência de fiscalização por parte dos entes estatais, notadamente os municípios, em razão do pagamento inadequado ou parcial das verbas trabalhistas pelas empresas

contratadas para prestar serviços terceirizados. Isso vai contra a tese vinculante estabelecida anteriormente, implicando uma enorme insegurança jurídica para as entidades estatais e, conseqüentemente, aumentando os riscos orçamentários e financeiros, conforme indicado no resumo da jurisprudência do Tribunal Regional do Rio de Janeiro entre os anos de 2004 e 2011, como será apresentado a seguir:

Subsidiariedade. Entes de direito público interno. 1636. Recurso ordinário. Condenação subsidiária. Tomador de serviços. Ente da administração pública. *O tomador de serviços deve responder subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas havidas no curso do contrato celebrado com a empresa-prestadora. Não se pode simplesmente afastar a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços, com fulcro no art. 71, parágrafo 1º, da Lei 8666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, pertinentes a obras e serviços, aplicáveis à Administração Pública Federal, ante a natureza alimentícia do crédito trabalhista, o qual se sobrepõe a qualquer outro (Lei 6.830/80), afastando a prerrogativa do referido dispositivo legal. A Administração Pública, Direta e Indireta, não está excluída das regras sobre responsabilidade civil, exatamente como preleciona o parágrafo 6º, do art. 37, da CRFB/1988. RO-00393-2002-062-01-00-2, 8ª T, DOERJ, P. III, S. II, Federal de 7-12-2005. Relator: Des. Alberto Fortes Gil. (Grifo Nosso)*

Administração pública. Responsabilidade. 1637. Responsabilidade subsidiária. Administração pública direta. O artigo 71 da Lei n.º 8.666/93 trata da responsabilidade direta, ou seja, solidária. *Tal norma não exclui a responsabilidade subsidiária que possa recair sobre a administração pública direta, indireta ou fundacional.* Nesse sentido, há pronunciamento do C. TST, cristalizado na Súmula nº 331, IV. RO-00422-2004-027-01-00-0. 5ª T, DOERJ, P. III, S. II, Federal de 12-3-2007. Relator: Des. Flávio Ernesto Rodrigues Silva. (Grifo Nosso)

Terceirização. Aplicação restrita. Valorização da dignidade humana. 1749. Terceirização lícita. Responsabilidade. Súmula nº 331, do TST. A

prestação de serviços através de interposta pessoa constitui-se em exceção, apenas possível nas hipóteses previstas em lei, segundo proclama a melhor doutrina. *O tomador, ao escolher o caminho da terceirização, ainda quando esta não viole as normas de tutela do trabalhador, deve diligenciar quanto à idoneidade da empresa prestadora, pois, caso contrário, responderá pelos débitos contraídos pela contratada, ainda que indiretamente, por culpa in eligendo. Não há inconstitucionalidade da Súmula 331, do C. TST, que consubstancia os princípios constitucionais fundamentais de valorização da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (art. 3º, III e IV), bem como a afirmação do conjunto de normas e princípios de tutela do trabalho humano.* O princípio da legalidade, contido no inciso II, do artigo 5º, da Carta Magna, constitui defesa do cidadão contra o autoritarismo e o arbítrio. Não se presta a servir como válvula de escape a quem não deseja limites jurídicos. RO-00184-2006-044-01-00-0, 7ª T, DOERJ, P. III, S. II, Federal de 23-7-2007. Relator: Des. Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha. (Grifo Nosso)

Terceirização. Ente público. 1755. Convênio com associação de moradores. *Responsabilidade subsidiária reconhecida pelos absurdos praticados pelo ente público municipal, pois utilizou mão-de-obra especializada (agente de saúde), por meio de convênio com associação de moradores de comunidade carente que, por certo, não tinha idoneidade financeira para suportar os direitos trabalhistas de todos os profissionais envolvidos nesse programa, levando-se em conta, ainda, que a atividade é considerada essencial e permanente em setor tão debilitado como o da saúde, cujo dever de prestação adequada, pelo Poder Público, é o mínimo que se pode esperar.* RO-00191-2004-040-01-00-5, 3ª T, DOERJ, P. III, S. II, Federal de 1-8-2006. Relator: Des. Jorge Fernando Gonçalves da Fonte. (TRT, 2004) (Grifo Nosso)

Multa do artigo 477, § 8º, da CLT. Multa do art. 477, § 8º, da CLT. Administração Pública. Responsabilidade subsidiária. 1048. O tomador de serviços, declarado responsável subsidiariamente, responde pelas multas do art. 477 e 467 da CLT, ainda que ele faça parte da Administração Pública, conforme Súmula 13 deste Tribunal. Resolução Administrativa nº 34/2010: aprova a edição da Súmula nº 13, com a seguinte redação: "Cominações dos artigos

467 e 477 da CLT. Terceirização. Responsabilidade subsidiária. Nos casos de terceirização de mão de obra, inserem-se na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, ainda que se tratando de ente da Administração Pública Direta ou Indireta, as cominações dos artigos 467 e 477 da CLT". (RN-0036500-49.2009.5.01.0082, DOERJ 16/3/2011, 5ª Turma, Red. Desig. Ivan da Costa Alemão Ferreira.)

1492. Responsabilidade subsidiária. Estado. Súmula 331, IV, do colendo Tribunal Superior do Trabalho. *A condenação subsidiária deflui do inadimplemento de obrigações decorrentes do contrato de trabalho por parte da primeira reclamada, o que autoriza a imposição de responsabilidade ao tomador de serviços quanto a tais obrigações, consoante jurisprudência dominante de nossos Tribunais*, cristalizada no item IV da Súmula nº 331 do C. TST. (RO-0039300-56.2004.5.01.0072, DOERJ 03/3/2011, 1ª Turma, Rel. José Nascimento Araujo Netto.) (Grifo Nosso)

Responsabilidade subsidiária. Terceirização. ADC nº 16. 1493. Sobrestamento do feito. Inexistência de óbice ao julgamento. 1. Requer a recorrente que seja determinado o sobrestamento do feito até manifestação definitiva do STF sobre a matéria, apontando a existência da Ação Declaratória de Constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, ajuizada pela Procuradoria Geral do Distrito Federal - ADC nº 16, perante o Supremo Tribunal Federal. 2. Não existe qualquer óbice ao julgamento deste processo, eis que o STF já se manifestou a respeito. 3. Não obstante o pedido formulado na ADC nº 16, relativo à declaração de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 tenha sido julgado procedente pelo STF, tem-se que a inaplicabilidade da referida norma pode se dar em razão da incidência de outras normas infraconstitucionais que regem a matéria em caráter específico. *Rejeito. Responsabilidade subsidiária da segunda reclamada. 1. Sustenta a segunda reclamada que não pode ser responsabilizada subsidiariamente pelos créditos trabalhistas decorrentes da relação de emprego entre o reclamante e a primeira reclamada, quando contrata de forma lícita, seguindo os preceitos estabelecidos na Lei de Licitações. 2. No caso em tela, restou claro nos autos que a recorrente figurou como tomadora dos serviços desempenhados pelo autor. Uma vez*

inadimplente a primeira reclamada para com as obrigações trabalhistas contraídas perante seus empregados, caracteriza-se a culpa do tomador, que não escolheu bem aquela a quem confiou a prestação de determinado serviço (culpa in eligendo) ou não fiscalizou, como deveria, a execução das atividades contratadas (culpa in vigilando), o que, de toda forma, atrai a aplicação dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Referidas normas tornam-se suficientes para justificar a condenação subsidiária da recorrente, tomadora dos serviços, por responsabilidade extracontratual, já que esta não é parte no contrato de trabalho. 3. O ente público, ao celebrar um contrato de prestação de serviços, possui a obrigação de fiscalizar a prestação do serviço público em sua integralidade. Se não o faz, deve ser responsabilizado. Ressalte-se que a aplicação do referido entendimento em nada confronta com a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, tal como definida pelo Excelso STF no julgamento da ADC nº 16/DF. Ao contrário, apenas proporciona a solução jurídica em consonância com a ordem constitucional vigente. Nego provimento. Recurso ordinário da segunda reclamada a que se nega provimento. (RO-0130300-12.2009.5.01.0057, DOERJ 03/5/2011, 10ª Turma, Rel. Ricardo Areosa.) 1494. Terceirização. Responsabilidade subsidiária de órgão público. Art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Questão constitucional já enfrentada pelo STF na ADC 16. Efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal). Ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, o Supremo Tribunal Federal proclamou, em decisão com efeito vinculante, a validade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que proíbe, no caso de terceirização de serviços, a transferência de responsabilidade por débitos trabalhistas da empresa contratada para o órgão público contratante, excepcionada apenas a hipótese em que restar demonstrado que a inadimplência tem como causa principal a falta de fiscalização por este último. (RO-0077700-65.2009.5.01.0040, DOERJ 03/3/2011, 3ª Turma, Red. Desig. Rildo Albuquerque Mousinho de Brito.) (TRT, 2011) (Grifo Nosso)

Sobre a licitude da terceirização, é relevante ressaltar a tese em repercussão geral, na ADPF 324 do STF:

Direito do trabalho. Arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Terceirização de atividade fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. 1. *A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.* 2. *A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade. [...] 7. Firmo a seguinte tese: "1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993". 8. ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado. (ADPF 324, Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, processo eletrônico)*

Com relação a esse tema, é relevante lembrar o que a terceirização significa após as recentes alterações introduzidas pela reforma trabalhista e pela decisão do STF sobre a licitude do instituto. No entanto, é importante destacar que o STF tem proferido decisões neoconstitucionalistas, muitas das quais podem ser consideradas equivocadas quando comparadas com o neoconstitucionalismo original ou europeu. Em síntese, essas decisões tendem a fazer uso excessivo de princípios, valores morais e argumentação de senso comum, o que significa, em última

análise, uma falta de critérios científicos¹¹. Isso ocorre devido à aplicação de teorias neoliberais ao direito do trabalho, teorias que são consideradas inteiramente excludentes (Sette, 2023).

A ADPF 324, citada, anteriormente, revela ser uma decisão desse tipo quando afirma sem qualquer embasamento técnico ou científico que: *O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.*

No que tange à terceirização trabalhista, os pesquisadores Flávia Amaral Sette e Leonardo da Silva Sant'anna destacam que:

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, reconheceu como lícita e constitucional a terceirização das atividades-fim das empresas, direcionando seu entendimento em favor da livre iniciativa (art. 170, caput, CRFB/88) e da livre concorrência (art. 170, IV, da CF/1988). É importante observar que na legislação brasileira vigente, não há uma definição clara do que sejam atividades-meio e atividades-fim. (...), é possível entender a atividade-fim da empresa como aquela intimamente ligada ao seu objeto social, sendo a atividade-meio aquela que é acessória ao desenvolvimento empresarial. O STF decidiu pela parcial inconstitucionalidade do teor preceituado da Súmula 331, do TST, bem como declarou a constitucionalidade da matéria relacionada à terceirização da atividade-fim, ao julgar a ADPF: 324/DF e o RE 958.252/MG. A atuação da corte pôs fim, definitivamente, aos debates sobre os limites da terceirização, alterando o entendimento, até então vigente, de que apenas era possível terceirizar as atividades meio de forma irrestrita e as atividades-fim, de acordo com a previsão contida na lei de trabalho (...). O intermediador de mão de obra é um facilitador do desenvolvimento das atividades empresariais do tomador de mão de obra, pois cabe a ele dirigir pessoalmente a prestação dos serviços dos trabalhadores terceirizados, bem como remunerá-los. Essa é a modalidade de

¹¹ Para maiores informações. Cf. SETTE, Flávia Amaral. O direito do trabalho no STF: da autonomia ao neoconstitucionalismo. São Paulo: Mizuno, 2023.

terceirização que é considerada lícita. (Sant'anna; Sette, 2019, p.2)

Ainda nas palavras de Leonardo da Silva Sant'anna e de Flávia Amaral Sette:

A terceirização de serviços trabalhistas pode ser entendida como um processo de intermediação de mão de obras, no qual se dá o recrutamento de trabalhadores pelo prestador de serviços com o objetivo de que estes laborem em favor do tomador de serviços. Esse recrutamento objetiva, geralmente, o barateamento dos custos da produção e a diminuição dos encargos trabalhistas, sociais e tributários. (Sant'anna; Sette, 2018, p. 237)

No que tange aos efeitos da terceirização para empresas privadas, os pesquisadores chegam às seguintes conclusões:

Verificou-se que embora existam alguns benefícios na prática da terceirização da atividade fim, tais como: o aumento da competitividade empresarial brasileira, o aumento da flexibilidade da produção empresarial, o surgimento de empresas especializadas em serviços de mais elevado valor agregado, bem como o de trabalhadores mais qualificados e de melhores condições de trabalho, a elevação da produtividade total da economia, do emprego e da renda do trabalhador. De um modo geral, ela também traz inúmeros prejuízos, que leva a menores salários, um menor tempo de emprego, maiores jornadas, maior rotatividade e maiores índices de acidentalidade e de adoecimentos ocasionados pela ocupação e fragilização do potencial da negociação coletiva. A terceirização das atividades-fim afirmada pelos julgados, em análise, ressuscita o pensamento liberal do século XVIII e XIX, ligados a não intervenção do Estado na Economia e a liberdade do trabalhador e ainda ao ser autorizada pelo STF faz com que o avanço da doutrina laboral regrida, retirando o valor social que o trabalho enuncia, além de descumprir o fundamento constitucional correlato. (Sant'anna; Sette, 2019, p.14-15)

A terceirização de serviços e atividades representa um risco para as empresas e, de maneira geral, pode ter efeitos prejudiciais e benéficos. Na esfera privada, quando utilizada

sem critérios e controles adequados, tende a ser mais prejudicial para os trabalhadores, frequentemente sendo vista como uma forma de precarização das relações de trabalho. Todavia, igual ótica não se aplica à esfera pública, uma vez que a Administração Pública está sujeita a rigorosos controles e fiscalização de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei 8.666/91 e no Decreto-Lei 9.507-2018, especialmente em seu artigo 10º.

Desse modo, para que haja uma condenação judicial do Município do Rio de Janeiro, seria necessário apresentar robustas evidências de que os critérios exigidos pela lei e pelo decreto foram desrespeitados. Não basta simplesmente alegar a insuficiência financeira da prestadora de serviços ou a sua impossibilidade de arcar com as dívidas trabalhistas. Além disso, é importante ressaltar que, na perspectiva municipal, pouco importa se as atividades terceirizadas estão relacionadas ao propósito principal da empresa pública/estatal ou se se referem a atividades-meio/auxiliares, pelo menos na seara laboral. Isso se deve ao entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 324, que afirmou ser lícita a terceirização tanto nas atividades-fim quanto nas atividades-meio. Todavia, pela ótica administrativa, a conclusão é diametralmente oposta, uma vez que apenas os servidores públicos, ou seja, aqueles que tenham sido aprovados em concursos públicos e adquirido estabilidade de acordo com os requisitos legais estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, deveriam executar as atividades principais.

A mencionada Nota Técnica de nº 3, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, faz alusão às recomendações legais e

doutrinárias para que a Administração possa se eximir da responsabilização subsidiária, nos casos em faz contratos com terceiros. Isso envolve a adoção de uma série de medidas preventivas com o objetivo de evitar condenações do município, demonstrando a sensibilidade do assunto e a importância de tomar todas as medidas necessárias para afastar a responsabilidade subsidiária do ente público, como destacado a seguir:

Maria Sylvia Zanella di Pietro lista algumas cautelas a serem tomadas pela Administração Pública quando da contratação de empresas para a prestação de serviços no âmbito da terceirização:

- i. Colocar nos instrumentos convocatórios e nos contratos cláusula em que fique clara a aplicação da norma do artigo 71 da Lei nº 8.666/93;
- ii. Inserir nos instrumentos convocatórios de licitação e os contratos cláusula prevendo a aplicação de penalidade pelo descumprimento da norma do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo da rescisão do contrato com fundamento no art. 78, I e II, da mesma lei;
- iii. Na atividade de fiscalização do cumprimento do contrato, verificar se a contratada está cumprindo as obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; em caso de inadimplemento, aplicar as penalidades cabíveis.
- iv. Exigir a atualização, a cada 180 dias, da Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT) referida na Lei nº 12.440/2011. (2022, p. 237)

Soma-se às medidas sugeridas aquelas especificadas no já citado art. 121, §3º da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/21) (MPE-RJ, p.25, 2022, *apud* Di Pietro)

6. O direito de ter Direitos fundamentais e os casos difíceis envolvendo a Responsabilidade Subsidiária do Município do Rio de Janeiro como agente tomador de serviços

A lógica da terceirização trabalhista, especialmente nos casos em que o Município do Rio de Janeiro atua como tomador de serviços, reverbera efeitos significativos

sobre os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Isso inclui a valorização social do trabalho, conforme disposto no artigo 1º, e a dignidade da pessoa humana, conforme estipulado no artigo 3º.

A dinâmica ligada à terceirização trabalhista nos casos em que o Município do Rio de Janeiro é o tomador de serviços envolve quase sempre casos difíceis, que prescindem de solução principiológica, ligada aos princípios fundamentais e ao atendimento do princípio da supremacia do interesse público, o que atrai a técnica da ponderação de valores de Robert Alexy.

Partindo do pressuposto de que tais princípios fundamentais estão intrinsecamente ligados aos valores econômicos e sociais, e que, devido à natureza diversa desses valores, podem se excluir mutuamente, é necessário aplicar a teoria da ponderação de valores de Robert Alexy. Nessa hipótese, em caso de conflito entre o princípio da supremacia do interesse público, o valor social do trabalho e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, a preponderância será dada aos últimos, ou seja, ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho, sem ignorar a consideração do interesse público. Isso ocorre porque não há uma exclusão mútua entre esses princípios, especialmente quando se trata da lógica da terceirização trabalhista e da responsabilidade subsidiária do Município do Rio de Janeiro nos casos em que atua como tomador de serviços. A Procuradoria do Município do Rio de Janeiro busca conciliar essas lógicas por meio de seus

enunciados 25, 26 e 27¹², como será demonstrado a seguir:

Enunciado PGM nº 25 – Perda de regularidade fiscal ou trabalhista da contratada e retenção de pagamentos. *A perda da regularidade fiscal ou trabalhista da contratada no curso da execução do contrato não autoriza a retenção de pagamentos devidos, sob pena de enriquecimento sem causa, ressalvada a hipótese prevista no art. 297 do CAF. Em tais casos, a Administração deve impor sanções contratuais à parte inadimplente, nos termos dos arts. 86 a 88, da Lei nº 8.666/93, podendo inclusive rescindir o contrato, de acordo com a conveniência e oportunidade identificada no caso concreto. Nos termos do art. 297 do CAF, a Administração Municipal pode reter pagamentos quando não comprovado o recolhimento das obrigações trabalhistas ou previdenciárias exclusivamente relacionadas aos empregados que prestarem serviços à Administração no contrato específico celebrado com esta, em valor limitado ao montante total do débito estimado, para resguardo de eventual responsabilidade solidária ou subsidiária municipal.* A ausência de retenção ou a liberação de verba retida quando não comprovado o recolhimento das obrigações trabalhistas ou previdenciárias deve ser justificada no processo administrativo. Referências: Parecer PG/GAB/001/2014/JMVRF. (Antiga Orientação Técnica nº 28/2015). Resolução PGM 884, 11.07.2018 – D.O.RIO 12.07.2018, p. 29. (Grifo nosso)

Enunciado PGM nº 26 – Documentação nos contratos de cessão de mão de obra e retenção de pagamento. *As empresas prestadoras de serviços que cedem mão de obra para atuação direta em órgãos do Município deverão apresentar, juntamente com as suas faturas de cobrança, as guias de recolhimento do FGTS relativas ao mês anterior a que se referir a prestação dos serviços, devidamente autenticadas, sob pena de retenção do pagamento em valor equivalente ao montante devido ao FGTS, exclusivamente relacionado a empregados que prestam serviço por força*

daquele contrato específico, conforme determinado nos arts. 1º e 2º, do Decreto nº 14.186/95, ressalvada eventual autorização do Chefe do Poder Executivo. Referências: Parecer PG/GAB/001/2014/JMVRF. (Antiga Orientação Técnica nº 29/2015). Resolução PGM 884, 11.07.2018 – D.O.RIO 12.07.2018, p. 29. (Grifo nosso)

Enunciado PGM nº 27 – Descumprimento pela contratada das obrigações previdenciárias e trabalhistas. *Verificando-se que o contratado não comprovou o recolhimento das obrigações previdenciárias e trabalhistas, inclusive os depósitos para o FGTS, a Administração, independentemente da aplicação das regras cabíveis de retenção de pagamento, deverá notificar a empresa para se defender ou sanar a irregularidade, sob pena de aplicação das sanções contratuais cabíveis. Referências: Parecer PG/GAB/001/2014/JMVRF. (Antiga Orientação Técnica nº 30/2015). Resolução PGM 884, 11.07.2018 – D.O.RIO 12.07.2018, p. 29. (Grifo nosso)*

Os enunciados revelam uma preocupação da Procuradoria em controlar e fiscalizar a execução dos contratos de terceirização de serviços municipais. Tal preocupação visa prevenir o não cumprimento das obrigações trabalhistas pelas empresas prestadoras de serviços.

A iniciativa da Procuradoria do Rio de Janeiro deve ser destacada, pois demonstra o objetivo de prevenir o não pagamento das verbas trabalhistas pelo contratado, antes mesmo de qualquer ajuizamento de processos judiciais envolvendo os direitos trabalhistas descumpridos, quando estaria autorizada pelos enunciados a aplicar sanções, instar a contratante a comprovar o correto pagamento das obrigações trabalhistas, reter os valores da dívida relativa ao descumprimento de obrigações trabalhistas de cada trabalhador. Tudo isso pode ser feito por meio de uma atitude de controle proativa, que funciona como uma espécie de caução

¹² “A Procuradoria Geral do Município (PGM) é o órgão gestor do Sistema Jurídico Municipal, responsável pela defesa judicial e extrajudicial do Município do Rio de Janeiro, pela consultoria jurídica dos órgãos municipais, bem como pela inscrição e cobrança da dívida ativa municipal”. Disponível em: <https://carioca.rio/orgao/procuradoria-geral-do-municipio-do-rio-de-janeiro-pgm/>. Acesso em: 13.10.2023.

preventiva dos valores que o ente municipal deveria recolher em benefício do cumprimento regular do contrato com os trabalhadores e com a própria Administração Pública. Esses valores seriam, então, repassados aos trabalhadores. Em outras palavras, os trabalhadores são as partes priorizadas na relação de terceirização, não o município nem o contratado que descumpra as regras de terceirização. Essa atuação é considerada proativa/ativista, uma vez que assegura aos trabalhadores o direito aos direitos fundamentais¹³. Com tais enunciados, a Procuradoria garantiria a idoneidade no

¹³ Diversamente é o que ocorre com a PGM-SP, vez que possui normas no sentido de promover uma caução, apenas quando existe ações judiciais em curso, contra o município de São Paulo, demonstrando que a preocupação dela parece ser apenas quanto ao município. Desse modo, é possível dizer que a terceirização na Administração Pública do município de São Paulo precariza os direitos trabalhistas dos trabalhadores, vez que não possibilita o direito de ter direitos fundamentais e, por consequência descumpra os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, retira o valor social do trabalho e viola o princípio da Dignidade da Pessoa humana. Assim, caracteriza-se como um tipo de terceirização não recomendável pelos efeitos prejudiciais que gera aos trabalhadores e à sociedade como um todo, principalmente no que tange aos administrados. Segue trecho da norma analisada: “Considerando, por um lado, a *necessidade de criação e desenvolvimento de mecanismos visando à redução de condenações da Municipalidade* com fulcro no referido Enunciado n° 331 e, por outro lado, a manutenção dos benefícios da terceirização, em especial a redução de custos com a administração de pessoal; A Procuradoria Geral do Município, no uso de suas atribuições legais, expede a seguinte ORIENTAÇÃO NORMATIVA (...). c) a possibilidade de retenção da garantia da execução contratual, se constatada a existência de ação trabalhista movida por empregado da contratada em face da entidade pública, tendo como fundamento a prestação de serviços à Administração durante a execução do referido contrato administrativo; c.1) o contrato poderá prever que o valor da garantia contratual retida poderá ser utilizado para depósito em juízo, nos autos da reclamação trabalhista, se a pendência não for solucionada (extinta a ação; garantido o juízo; ou excluída a entidade pública do pólo passivo)”. PGM-SP. Orientação normativa da Procuradoria geral do município. PGM n.2 de 5, de junho de 2012. Recomenda os parâmetros a serem seguidos em contratos administrativos que envolvam obrigações trabalhistas na prestação de serviços à Administração Municipal. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/orientacao-normativa-procuradoria-geral-do-municipio-2-de-6-de-junho-de-2012>. Acesso em: 17.10.2023.

curso do contrato e após o seu término, fazendo com que o princípio da boa-fé objetiva seja um princípio eficaz e válido, um mandamento de otimização das normas de licitação, tal qual como nos diz Robert Alexy.

7. A espada de Dâmocles e a atuação proativa da PGM- RJ

Nesse contexto, falar sobre direitos fundamentais significa discutir sobre o direito de ter todos os outros direitos. Quando abordamos a terceirização de serviços na esfera pública, estamos refletindo sobre o desafio transmitido pela lenda grega da espada de Dâmocles¹⁴, que ilustra o dilema enfrentado pelos entes estatais, incluindo suas procuradorias, já que o Estado detém poder de império, mas também enfrenta riscos associados às decisões que toma.

¹⁴ Nesse contexto é relevante reiterar o significado da lenda grega: “A lenda da espada de Dâmocles refere-se a uma lenda grega do período de 200 antes de Cristo. Apresenta a história do conselheiro da corte de Dionísio, o Velho, um tirano de Siracusa. Sobretudo, a história tornou-se uma lição de moral e uma expressão que significa perigo iminente. esse tirano vivia em um palácio cheio de requintes e itens bonitos, com uma criadagem sempre disposta a fazer-lhe todas as vontades. Porém, muitos cidadãos de Siracusa invejavam sua riqueza e vida boa. Em especial, Dâmocles, que era um amigo íntimo e conselheiro, vivia declarando sua inveja à vida do amigo para os quatro ventos. Comumente, ele aparecia no palácio de Dionísio afirmando que ele era extremamente sortudo, tendo tudo que poderia desejar e sendo o homem mais sortudo do mundo. Entretanto, o Velho, cansado de ouvir isso todos os dias e de todos os lados decide propor que seu amigo fique em seu lugar por uma noite, o que ele rapidamente aceita. A princípio, Dâmocles teve acesso não somente à riqueza, mas também às mais belas mulheres do seu harem. Contudo, entre as festividades e bebidas compartilhadas com o público do passado, o protagonista percebeu que algo estava errado. Em resumo, logo acima de sua cabeça estava pendurada uma espada afiadíssima. Mais ainda, a espada estava presa por um frágil fio do rabo do cavalo favorito de Dionísio. Desse modo, questionou Dionísio sobre o motivo da espada estar posicionada onde ele se sentava. Logo em seguida, o tirano explicou que vivia desse modo de propósito, para lembrar-se do constante risco de perder tudo.” (Fernandes, 2021). Disponível em: <https://segredosdomundo.r7.com/espada-de-damocles/>. Acesso em: 15.10.23.

Um desses riscos é garantir que os serviços públicos sejam prestados com qualidade e com o menor custo possível, e muitas vezes o Estado encontra na terceirização de suas atividades uma maneira de alcançar esse objetivo. No entanto, paira sobre a Administração Pública o risco do exercício de seu poder de império, de uma espada afiada que pode cair sobre sua cabeça/ente estatal – segundo a dita lenda –, a qualquer momento, ao menor descuido, de ser responsabilizada subsidiariamente e sofrer condenações em massa em razão de optar pela terceirização. Todavia, isso só poderá ocorrer devido à comprovação de culpa por ação ou omissão por parte dos reclamantes, conforme o entendimento consolidado pelo STF, bem como na hipótese de descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, conforme jurisprudência já destacada anteriormente do ementário do TRT-RJ (quando a responsabilização subsidiária da Administração pública é vista de forma deturpada pelo poder judiciário, pelo inadimplemento, ou seja, o não pagamento ou o pagamento parcial das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, que acarretaria na presunção de que a Administração não escolheu bem ou não fiscalizou de forma efetiva a empresa contratante).

Na verdade, o grande problema é quando o TRT responsabiliza de forma subsidiária a Administração Pública pelo simples descumprimento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas para a terceirização. A pesquisa busca desmistificar justamente essa hipótese, vez que esse tipo de posicionamento do TRT acirra ainda mais o risco referente às condenações em massa de

responsabilidade subsidiária do ente estatal, que já existe com a necessidade de comprovação da culpa por ação ou omissão da administração. Nesse caso é possível dizer que a espada de Dâmocles cairia efetivamente sobre a cabeça da Administração Pública e causaria a sua “morte”, por isso é dito que essa conduta acirra os riscos já existentes na tomada de decisões públicas pelos gestores governamentais, bem como de suas procuradorias que atuam na prevenção e repressão das medidas tomadas por aqueles,

Por que a terceirização, que é lícita nas atividades meio ou fim no setor privado, não seria legítima na Administração Pública, ou seja, nas suas atividades meio ou fim? A decisão pertence a quem: ao Poder Judiciário ou ao Poder Executivo? E por que a Administração Pública deveria responder de forma subsidiária, sem que nem mesmo a culpa foi comprovada pela parte reclamante, apenas pelo fato de haver inadimplemento das obrigações trabalhistas pela parte contratante? Haveria justiça nessa decisão? Haveria usurpação de competências? É preciso, portanto, investigar os meios pelos quais a terceirização na Administração Pública pode ser desenvolvida, difundida e utilizada com critérios, a fim de que seja reconhecida pela doutrina como segura e legítima. Isso é alcançado ao demonstrar os critérios de controle e fiscalização implementados pela Procuradoria do Rio de Janeiro, conforme os enunciados estabelecidos por ela. Dessa forma, a Procuradoria cumpre eficazmente o encargo público de permitir a prestação de serviços públicos em larga escala e de alta qualidade, em conformidade com os princípios da supremacia do interesse público, dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho.

Do contrário, a falta de tais medidas por parte de outras procuradorias aumenta a possibilidade de condenações judiciais de municípios ou entidades estatais devido à responsabilidade subsidiária em razão do mero inadimplemento por parte dos prestadores de serviços, como será evidenciado nas pesquisas a seguir.

Em pesquisa realizada por Barbara de Oliveira Morais e Evandro Luiz Xavier Costa (2017) sobre a terceirização na Administração Pública no estado do Rio de Janeiro, nos anos de 2013 até 2016, foi verificado pelos autores que um dos grandes problemas na contratação desse tipo de serviço ocorre na escolha de empresas inadequadas (aqui é um ponto de atenção para a Administração, pois como foi visto anteriormente, quem escolhe mal um contratante fica obrigado a pagar por essa escolha, segundo as decisões do TRT-RJ).

Os pesquisadores elaboraram gráficos que apuram o período retro mencionado, por meio dos quais é possível ter uma visão mais clara sobre o que significa para a Administração Pública a utilização da terceirização, fornecendo informações sobre o tipo predominante de contrato que a Administração Pública celebra – ou seja, se são contratos de serviços ou de obras. Além disso, esses gráficos permitem analisar os gastos com os terceirizados em relação ao valor de cada contrato firmado com as empresas contratantes, quando comparados com os gastos com os funcionários públicos. Tais informações extraídas dos gráficos da pesquisa serão apresentadas a seguir.

A referida pesquisa demonstra que existem mais contratos de serviços do que de obras na Administração Pública. Além disso, revela que as despesas com o pessoal ativo e inativo são

superiores às despesas com os terceirizados. Conforme a quantidade de contratos de terceirização diminui, os gastos do ente estatal também diminuem. Essas conclusões são resumidas da seguinte forma:

Pode-se verificar que a relação entre os dados com pessoal ativo, inativo, pensionista e terceirizado evidencia o peso de cada vínculo decorrente de cada contratação com a Administração Pública e que em consonância com Silva (1997), que admite que a terceirização provoca o encolhimento da massa salarial e impede a contratação de novos profissionais que entram a cada ano no mercado de trabalho, a queda com gastos de pessoal terceirizado não significa que menos profissionais foram contratados, pois a pesquisa não conseguiu mensurar quantos profissionais foram contratados no período analisado e sim que esses profissionais passaram a ganhar menos em comparação com os profissionais concursados. O gestor público ao tomar uma decisão de contratação deve analisar os custos acerca dessa contratação e o período em que serão gastos os recursos. De forma orçamentária a contratação de um profissional com menor custo pode parecer rentável, apresentando aparentemente economia, mas há outros pontos como eficiência que necessitam de atenção nas contratações. (Morais; Costa, 2017, p.13)

Já a pesquisa realizada pelo IPEA sobre a utilização da terceirização no Brasil, sobretudo em relação aos funcionários terceirizados na Universidade Federal da Bahia, levantou que:

Assim como demonstrado por estudos sobre a terceirização (Druck e Franco, 2008, 2016; Pochmann, 2008; Dieese/CUT, 2011; 2014; Gimenez e Krein, 2016), essa modalidade de contratação gera, nas empresas contratadas, um alto grau de rotatividade, o que contribui para a não garantia de direitos trabalhistas aos terceirizados. Na UFBA não é diferente. *Com os dados obtidos na pesquisa, constatou-se que muitos desses direitos são desrespeitados. Mas, nesse item, o que mais chamou a atenção foi a quantidade de trabalhadores que trabalham sem tirar férias regularmente: 46% disseram que já ficaram sem tirar férias alguma vez, desde quando começaram a trabalhar na universidade.*

Quando perguntados se tiram férias regularmente, desde quando começaram a trabalhar na UFBA, 9% responderam que nunca tiraram férias; 31%, às vezes; e 46% responderam que tiram férias regularmente. Isso ocorre devido principalmente a uma prática comum entre as empresas terceirizadas e a UFBA, a “troca de crachás”, referida anteriormente, quando a empresa contratada, muitas vezes antes de completar um ano de serviços prestados, declara falência e rompe o contrato, sem pagar os direitos trabalhistas, e os mesmos trabalhadores são contratados por outra empresa terceirizada que a substitui. Por sua vez, o direito aos auxílios para alimentação e transporte, como são essenciais à manutenção da força de trabalho e à presença do empregado no local de trabalho, são garantidos com bem mais frequência: 94% responderam que sempre receberam o auxílio-alimentação, e 6% que receberam às vezes. Quando perguntados sobre o direito ao auxílio-transporte, 98% responderam que sempre receberam, e apenas 2% afirmaram que receberam às vezes. No entanto, esse auxílio-transporte nem sempre é suficiente para o trabalhador ir e vir do seu local de trabalho: 7% disseram que precisam complementar o valor que recebem para o transporte. (...) *No que diz respeito à burla dos direitos trabalhistas, a pesquisa revelou que 32% dos entrevistados precisaram entrar na Justiça do Trabalho para reivindicar direitos, desde quando começaram a trabalhar na UFBA como terceirizados. Destes, 41% por iniciativa individual; 41% por iniciativa do sindicato; e 18% por iniciativa coletiva (sindicato e trabalhador). Esses trabalhadores precisaram acionar a Justiça do Trabalho pelos motivos mais diversos: 59% por não pagamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), férias e décimo terceiro salário; 50% por atraso de salário; 9% por não pagamento de horas extras; 6% por demissão indevida; 3% por assédio moral; e 3% porque a empresa declarou falência e não pagou os direitos trabalhistas.* Nesse último caso – o não pagamento de direitos trabalhistas devido à falência de empresas –, é importante mencionar a Portaria no 409, de 21 de dezembro de 2016 que estabelece que a instituição pública contratante deve fiscalizar mensalmente se a empresa terceirizada contratada está, de fato, cumprindo as obrigações trabalhistas e pagando os salários regularmente. Caso não esteja, pode efetuar o pagamento à contratada apenas depois que esta comprove que está em dia com os

trabalhadores e, conforme a situação da empresa, a contratante pode efetuar diretamente o pagamento aos trabalhadores. (Duck; Sena; Pinto; Araújo, 2018, p.125, grifo nosso)

As pesquisas revelam hipóteses de omissão dos entes estatais em relação à implementação de medidas garantidoras do cumprimento da legislação trabalhista. Essa omissão pode resultar no desrespeito aos valores do trabalho, à dignidade da pessoa humana e à supremacia do interesse público. No entanto, essa situação difere do caso da Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, que demonstrou efetividade no controle e gestão da terceirização no âmbito de seu município por meio da implementação de iniciativas relacionadas aos enunciados citados anteriormente.

Em decisão de embargos de divergência proferida em 2021, o TST reconheceu a responsabilidade subsidiária do município por danos materiais e morais pela queda de um servente, contratado por uma construtora para trabalhar nas obras de uma escola municipal. Essa decisão evidencia que há divergência sobre a questão da subsidiariedade na terceirização municipal, conforme noticiado a seguir:

11/03/21 - A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho responsabilizou, de forma subsidiária, o Município de Pompéia (SP) pelo acidente do trabalho sofrido por um servente de pedreiro de 17 anos, que, sem uso de equipamentos de proteção individual (EPI), caiu de uma altura superior a quatro metros. Ele era empregado da Construtora Drummond & Andrade Ltda., contratada pelo município para a execução de obras públicas.

Incapacidade permanente

O acidente ocorreu em 11/1/2008, quando o servente trocava as telhas de uma escola pública municipal e o rompimento da estrutura de apoio provocou a queda de cabeça. Ele teve lesão gravíssima no cérebro, que implicou a perda da

fala, da coordenação motora, dos movimentos dos braços e da função cerebral.

Dono da obra

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP) havia condenado o município, de forma subsidiária, ao pagamento da indenização imposta à construtora, de R\$ 25 mil a título de danos materiais e morais. *Segundo o TRT, a Orientação Jurisprudencial (OJ) 191 da SDI-1, que afasta a responsabilidade do dono da obra nos contratos de empreitada, não se aplica ao município, pois as obras públicas inserem-se na atividade normal e rotineira da administração pública, por serem imprescindíveis à consecução de sua finalidade - o atendimento das necessidades coletivas.*

Contudo, a Segunda Turma do TST reconheceu a condição de dono da obra do tomador de serviços e afastou a responsabilidade subsidiária a ele imputada, levando o servente a interpor embargos à SDI-1, órgão uniformizador da jurisprudência das Turmas do Tribunal.

Responsabilidade civil

O relator dos embargos, ministro Hugo Scheuermann, salientou que, no caso de danos advindos de acidente de trabalho durante o cumprimento do contrato de empreitada, não se aplica o entendimento da OJ 191, pois as indenizações têm fundamento no instituto da responsabilidade civil. Segundo ele, o afastamento da responsabilidade do dono da obra nos contratos de empreitada, nos moldes previstos na OJ, é uma exceção à regra geral da responsabilização e diz respeito apenas às obrigações trabalhistas em sentido estrito contraídas pelo empreiteiro. A decisão foi unânime. (TST, 2021, grifo nosso)

O Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro apresenta, em pesquisa produzida em 2013, uma manifestação sobre o tema da terceirização, destacando algumas de suas jurisprudências sobre o tema, conforme será exposto a seguir:

Na Administração Pública, a terceirização tem movido resultados satisfatórios. A prestação de serviços, de um modo geral transferidas a particulares, têm permitido ao administrador público atender as necessidades da coletividade de forma mais eficiente e com um custo reduzido. [...]

Porém, para que a contratação com terceiros contribua para o bom desempenho da Administração é necessário que ela seja fiscalizada em todas as suas etapas. Os problemas inerentes à terceirização são diversos. *Cabe à Administração buscar resolver estes impasses, de forma a atender os anseios da sociedade e não violar os direitos trabalhistas. O Serviço Público deve ser prestado com eficiência e celeridade e a terceirização contribui significativamente para que esta meta se torne uma realidade [...]*

Terceirização atividades finalísticas O Acórdão do Tribunal de Contas da União enfatiza que é possível terceirizar tão somente as atividades-meio, cabendo à própria Administração Pública a realização das atividades finalísticas da entidade. Ressalta, ainda, que, para a celebração de contratos de serviços de assistência jurídica que não integram o plexo das atribuições finalísticas da entidade, seja implementado o prévio procedimento licitatório, com fundamento no art. 2º da Lei n. 8.666/1993. Fonte: TCU. Processo nº 012.134/2005-8. Acórdão 933/2008 – Plenário.

Concurso X terceirização - análise do custo/benefício O Acórdão do Tribunal de Contas da União enfatiza que se promova estudos para aferir a relação custo/benefício das contratações de serviços advocatícios, pessoa física ou jurídica, em comparação com os custos decorrentes da admissão de novos advogados concursados. Afirma ainda que caso os estudos sugiram como medida mais vantajosa a contratação de terceiros, atente para a necessidade de licitação para contratação de serviços advocatícios. Fonte: TCU. Processo nº TC012.782/2004-0. Acórdão nº 980/2005 - 2ª Câmara. (TCM, p.4-7,2013). (Grifo nosso)

O Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM-RJ) confirma as hipóteses deste estudo, indicando que a terceirização no

âmbito municipal é possível desde que seja realizada com critérios e controles de fiscalização, conforme adotados pela PGM-RJ por meio de seus enunciados. Os dados também sugerem que as condenações por responsabilidade subsidiária do Município do Rio de Janeiro são quase inexistentes, pelo menos de acordo com os ementários jurisprudenciais do TRT-RJ destacados nesta pesquisa, entre 2004 e 2011.

O desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Jessé Torres Pereira Júnior, ao contribuir com a pesquisa realizada pelo Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, destaca que:

A administração pública da pós-modernidade também quer e deve ter compromisso com os resultados, sobretudo com o fim de reduzir desigualdades e de assegurar a todos a fruição das gerações dos direitos fundamentais proclamados pela modernidade (os individuais, os sociais, os difusos e coletivos, os ambientais). Ser eficiente e eficaz na gestão pública não é apenas uma questão econômica e administrativa. É sobretudo política e jurídica. A Constituição impõe aos gestores públicos a obtenção de resultados (...) em nenhum agente público pode perdurar dúvida acerca do significado de a Emenda Constitucional no 19/98 haver incluído, na cabeça do art. 37 da Carta Fundamental, a eficiência ao lado dos quatro princípios que constavam da redação original, de observância obrigatória pela administração de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Os princípios já não contêm apenas proposições abstratas veiculando discursos politicamente corretos, cuja implementação poderia situar-se num futuro indefinido. São normas jurídicas providas de efetividade. Seu cumprimento é obrigatório desde logo, sob pena de responsabilização. Assim deve ocorrer com a eficiência, a partir do momento em que

alçada a princípio constitucional regente das funções administrativas estatais e dos agentes por elas responsáveis. (...) O conceito jurídico de eficiência correlaciona-a ao dever, vinculante dos gestores públicos, de agir mediante ações planejadas com adequação, executadas com o menor custo possível, controladas e avaliadas em função dos benefícios que produzem para a satisfação do interesse público. Entendida como dever jurídico, a eficiência deve integrar a releitura que se faça dos artigos 4o e 11 da Lei no 8.429/92 (a chamada Lei da Improbidade Administrativa), no sentido de que os “agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade [e eficiência] no trato dos assuntos que lhe são afetos”, sob pena de incidirem em hipótese expressa de improbidade administrativa e sujeitarem-se às sanções consequentes. Escolher o caminho da terceirização e percorrê-lo deve enquadrar-se na moldura da eficiência e da eficácia. Não se trata de optar segundo convicções ou predileções pessoais. É imprescindível conhecer-se o perfil jurídico, econômico e administrativo da solução (terceirizar) e de suas ferramentas; contrastá-lo com as circunstâncias do caso concreto por meio de estudos e levantamentos pertinentes; elaborar-se o projeto básico por lei exigido e sujeitá-lo às análises críticas de ordem técnica e jurídica; afinal, verificar se, em determinado caso e suas circunstâncias, terceirizar é a solução que superiormente atende ao interesse público. Não haverá como condenar-se a administração pela má eleição da empresa contratada, se atendidas foram todas as condições previstas na Lei nº 8.666/93 e no edital do certame. [...] (TCM-RJ, p.20-21, 2013)

O jurista confirma a hipótese apresentada no artigo, indicando que quando os gestores públicos utilizam a terceirização observando os critérios legais e a conduzem de maneira

eficaz, estão efetivamente cumprindo suas obrigações relacionadas aos serviços públicos. Isso ocorre porque eles dão prioridade ao princípio constitucional da supremacia do interesse público em detrimento dos interesses privados, garantindo, assim, a efetividade do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Além disso, ao controlar e fiscalizar o processo de terceirização, estão em conformidade com os princípios constitucionais administrativos da eficiência e da eficácia, o que, por consequência, assegura a efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores e dos administrados (sociedade como um todo). Em suma, ao conduzir a terceirização de maneira adequada, a Administração Pública garante que tanto os trabalhadores que prestam serviços como os cidadãos que utilizam os serviços públicos desfrutem dos seus direitos fundamentais. Isso significa que todos têm o direito de usufruir de tais direitos de forma efetiva.

Tudo isso se torna possível graças à atuação proativa da Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, que, por meio dos seus enunciados de números 25, 26 e 27 do ementário de nº46, demonstra na prática como o controle e fiscalização devem ser exercidos. Esses enunciados delimitam os limites da atuação da Procuradoria na gestão pública da terceirização. Quando ocorre qualquer violação contratual no curso dos contratos de terceirização, a Procuradoria está autorizada a reter os pagamentos dos contratantes para garantir que os trabalhadores recebam suas verbas trabalhistas e tenham acesso aos seus direitos. Isso evita riscos de condenações judiciais, que representam custos aos cofres

públicos e prejudicam a gestão municipal, devido a condenações do Município do Rio de Janeiro em responsabilidade subsidiária.

Assim, a PGM-RJ, com sua conduta proativa, demonstra ser uma parceira dos trabalhadores. Ao ponderar valores que parecem se autoexcluir, relacionados aos interesses econômicos do Município do Rio de Janeiro e aos interesses sociais dos trabalhadores, a PGM-RJ consegue atender aos interesses de toda a sociedade. Ela realiza, ao mesmo tempo, princípios que são mandamentos de otimização, valendo mais do que as próprias normas, como afirma Robert Alexy. O exemplo da PGM-RJ deve ser seguido pelas demais procuradorias municipais pois, como já destacado, a pesquisa não revelou que a terceirização no Município do Rio de Janeiro viola os direitos fundamentais. Pelo contrário, demonstrou que a terceirização no Município do Rio de Janeiro garante o direito de ter direitos fundamentais. A atuação proativa da PGM-RJ ameniza ou elimina a posição desconfortável do gestor público, exemplificada pela lenda grega de Dâmoles. Além disso, essa atuação garante o "Direito de ter Direitos," conforme Hannah Arendt e Norberto Bobbio. Portanto, é possível concluir, desde já, que a terceirização na Administração municipal do Rio de Janeiro é uma forma de garantir o direito de ter direitos dos trabalhadores e da população, cumprindo princípios e priorizando a supremacia do interesse público, o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

Conclusão

A análise revela que a temática da terceirização no âmbito da Administração Pública é um tema controverso, vez que

alguns doutrinadores argumentam que a Administração Pública, ao adotar a terceirização, pode contribuir para a precarização dos direitos dos trabalhadores. Todavia, observou-se que, apesar da obscuridade sobre o assunto e da indisponibilidade de dados públicos abrangentes relacionados à terceirização de serviços públicos – como despesas, gastos com contratos, número de ações judiciais em que houve condenação subsidiária da Administração Pública em relação a verbas trabalhistas, ou mesmo o número de contratos não cumpridos ou cumpridos parcialmente pelos contratantes –, a terceirização, quando conduzida com a atuação proativa da PGM-RJ, não parece ser uma causa de precarização dos direitos trabalhistas. Pelo contrário, ela atua como uma garantidora dos "direitos a ter direitos" de toda a sociedade, abrangendo desde os trabalhadores terceirizados até os jurisdicionados.

Fica evidente que a pesquisa encontrou dificuldades em relação à ausência de estudos atualizados conduzidos por órgãos de gestão municipal e pelo Tribunal Regional da 1ª Região. Além disso, os trabalhos e pesquisas publicados sobre o tema frequentemente possuem mais de dez anos de atraso, indicando que um tópico de alta relevância para a área acadêmica e jurídica não está recebendo a atenção devida. No que diz respeito aos artigos acadêmicos sobre a terceirização na Administração Pública, eles também foram escassos não apenas em nível nacional, mas especialmente em âmbitos estaduais e municipais.

Outro aspecto a ser destacado é a necessidade de aplicação da teoria do diálogo das fontes para abordar a pesquisa. Isso

implica a combinação de respostas e soluções provenientes de diversas disciplinas, incluindo direito constitucional, filosofia do direito, direito do trabalho, processo do trabalho e direito administrativo. Essa abordagem interdisciplinar é essencial para lidar com uma questão complexa e multifacetada como a terceirização na Administração Pública.

Por todo o exposto, é possível concluir que, apesar dos contratemplos enunciados em relação à produção atual, escassa e local de artigos e pesquisas acadêmicas sobre o tema da terceirização na Administração Pública, a prática da terceirização na Administração Municipal do Rio de Janeiro contribui para garantir o direito de ter direitos dos trabalhadores e da população. Isso ocorre porque essa prática cumpre com maestria os princípios e valores constitucionais, dando prioridade à supremacia do interesse público, ao valor social do trabalho e à dignidade da pessoa humana. Além disso, essa abordagem concede a oportunidade de efetivar os direitos fundamentais, possibilitando o "Direito de ter Direitos" fundamentais.

A posição desconfortante do gestor público, exemplificada pela lenda grega de Dâmocles, é amenizada ou extinta pela atuação proativa da Procuradoria do Município do Rio de Janeiro (PGM-RJ), o que não ocorre com a Procuradoria do Município de São Paulo (PGM-SP). A PGM-RJ se preocupa em garantir os direitos dos trabalhadores desde o início do processo de terceirização, buscando fazer uma caução de modo a assegurar o pagamento das verbas trabalhistas que não foram pagas pela empresa contratada, redirecionando os valores devidos diretamente aos empregados. Já a PGM-SP parece focar exclusivamente na

posição do município diante do Poder Judiciário, preocupada apenas com as condenações judiciais e a responsabilização subsidiária de sua procuradoria, resultando no descumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da supremacia do interesse público sobre o privado. Essa diferença nas abordagens tem impacto na precarização dos direitos trabalhistas, com a pesquisa do IPEA de 2018, no âmbito da UFBA, apontando para a existência de precarização na terceirização:

"criou-se uma situação em que (...) se tornaram cúmplices de um amplo processo de precarização do trabalho" (Duck; Sena; Pinto; Araújo, 2018, p. 123).

Portanto, a pesquisa enfatiza a importância de uma atuação proativa/ativista e comprometida com os direitos dos trabalhadores na terceirização da Administração Pública, a fim de evitar a precarização desses direitos e garantir a observância dos princípios constitucionais fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos fundamentais. 5. ed. São Paulo. Malheiros Editores. Trad. de Vigílio Afonso de Souza. 2008.
- ARENDDT, Hannah. Origem do Totalitarismo: São Paulo. Cia das Letras; Tradução de Roberto Barroso. 2000.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro. Elsevier, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Artigo: Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o Pensamento de Robert Alexy. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/02/Conferencia-homenagem-Alexy2.pdf>. Acesso em: 18.08.2023.
- _____, Luís, Roberto. Artigo: Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 18.08.2023.
- _____, _____. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Editora Saraiva. 6. ed. 2012. In (24) V. Randy E. Barnett, Constitucional clichés, Capital University Law Review, 36: 493, 2012.
- _____, _____. Artigo: judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 18.08.2023.
- _____. Artigo: grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/02/Conferencia-homenagem-Alexy2.pdf>. Acesso em: 18 ago.2023.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24.09.2023.

_____, Ipea, 2018. A terceirização no serviço Público: Particularidades e Implicações. In: Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate / organizador: André Gambier Campos. Brasília : Ipea, 2018. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/imagens/stories/PDFs/livros/livros/180215_terc_do_trab_no_brasil_novas_e_dist_persp_para_o_debate_cap_06.pdf. Acesso em: 15.10.2023.

_____, TST. Site de Notícias: Município Paulista é responsabilizado por acidente com servente de 17 anos. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/munic%C3%ADpio-paulista-%C3%A9-responsabilizado-por-acidente-com-servente-de-17-anos>. Acesso em: 16.10.2023.

_____, STF. Decisão da ADPF 324. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750738975>. Acesso em: 17.10.2023.

BRANDÃO, Rodrigo. Artigo: São os direitos sociais cláusulas pétreas? em que medida? Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revisita_2010/2010/aprovados/2010a

Dir_Pub_Brandao.pdf. Acesso em: 24.09.23.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão

das normas constitucionais programáticas. Reimpressão Coimbra Editora. 1994.

_____. Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo. Coimbra Editora. 1992.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Editora Atlás. 2023.

CASTEL, Robert. As metamorfoses da questão social. Uma crônica do salário. Trad. Iraci, D. Poleti. 12 ed. RJ. Vozes. 2017.

DUCK, Graça; SENA, Jeovana; PINTO, Marina Morena; ARAÚJO, Sâmia. A terceirização no serviço público: particularidades e implicações. In: Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate. Organizador: André Gambier Campos. Brasília. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/imagens/stories/PDFs/livros/livros/180215_terc_do_trab_no_brasil_novas_e_dist_persp_para_o_debate_cap_06.pdf. Acesso em: 17.10.2023.

FERNANDES, Cecília. Espada de Dâmocles, o que é? Origem e significado da lenda grega. Segredos do Mundo, 14 out. 2021. Disponível em: <https://segredosdomundo.r7.com/espada-de-damocles/>. Acesso em: 15.10.2023.

LOPES, Ana Maria D' Avila. Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais. Editora UPF-Universidade de Passo Fundo. 2001.

MIRANDA, Alessandro Santos de. Ativismo Judicial na Promoção dos Direitos Sociais. São Paulo. LTR.2013.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. TOMO IV. Direitos Fundamentais. São Paulo. 3. ed. Coimbra Editora. 2000.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. Artigo A efetivação judicial dos direitos sociais. Revista de direito constitucional e internacional. 2011. RDCI n.75. Consulta realizada na biblioteca do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 24.09.2023.

MORAIS, Barbara de Oliveira; COSTA, Evandro LUIZ, Xavier. Artigo: Gestão dos contratos da terceirização na administração pública do Estado do Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/5330>. Acesso em: 15.10.2023.

Rio de Janeiro, MPE RJ. Nota Técnica 03/2022: Terceirização stricto sensu na Administração Pública. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2540783/nota+t%C3%A9cnica+03.pdf>. Acesso em: 13.10.23.

____, PGM RJ. Ementário dos enunciados da PGM-RJ de nº46. Disponível em: <https://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9530845/4235926/EMENTARIODEENUNCIADOSDAPGMRJENUNCIADO46.pdf>. Acesso em: 17.10.2023.

____, TCMRJ. Revista TCMRJ. Maio de 2013, nº54. Disponível em: https://www.tcmrio.tc.br/Noticias/10612/Revista_TCMRJ_54.pdf. Acesso em: 16.10.2023.

____, TRT-RJ: Ementário jurisprudência. 2004. Disponível em: [https://www.trt1.jus.br/documents/22365/3114495/ement_2004-2007.pdf/257f0c7f-](https://www.trt1.jus.br/documents/22365/3114495/ement_2004-2007.pdf/257f0c7f-cd06-4b50-b1ff-0c66d5adf833)

cd06-4b50-b1ff-0c66d5adf833. Acesso em: 17.10.2023.

____, ____.: Ementário jurisprudência. 2011. Disponível em: https://www.trt1.jus.br/documents/22365/3114495/ement_2010-2011.pdf/ea5af54c-ec3f-429b-bbc4-f399710d5d82. Acesso em: 17.10.2023.

S'ANTANNA, Leonardo da Silva; SETTE, Flávia Amaral. A terceirização na franquia: aspectos de subordinação entre o franqueador e o empregado do franqueado. Revista de Direito Empresarial- REDEmp, Belo Horizonte, ano 15, n. 03, p.235-253, set./ dez. 2018.

SÃO PAULO, PGM-SP. Orientação normativa da Procuradoria geral do município. PGM n.2 de 5, de junho de 2012. Recomenda os parâmetros a serem seguidos em contratos administrativos que envolvam obrigações trabalhistas na prestação de serviços à Administração Municipal. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/orientacao-normativa-procuradoria-geral-do-municipio-2-de-6-de-junho-de-2012>. Acesso em: 17.10.2023.

SETTE, Flávia Amaral. O direito do trabalho e o Supremo Tribunal Federal. Reflexões sobre a autonomia dogmática laboral e o neoconstitucionalismo, a partir do Recurso Extraordinário de n. 895.759/ PE. 223 p. (Mestrado em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. UERJ. 2019.

____. O direito do trabalho no STF: da autonomia ao neoconstitucionalismo. São Paulo. Editora Mizuno. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Artigo: Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988". Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 13.06.2023.

VALLE, Vanice Lírio do. Artigo: Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. 2013. Disponível em:

<http://www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revistajuridica/03/artigos/artigo3.doc>. Acesso em: 30.10.2023.

_____; HUNGRIA, Ana Luisa Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: um exercício hermenêutico de construtivismo constitucional na Corte Constitucional Sul Africana. Controle judicial de políticas públicas no Brasil e no exterior. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Revista Jurídica do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://app.tjrj.jus.br/revista-juridica/especial/files/assets/downloads/publication.pdf>. Acesso em: 30.10.2023.