



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

Lucas de Sousa Melo Santos

**Terceirização na Administração Pública: a
dignidade do trabalhador sob a perspectiva da
ponderação, do pragmatismo e da integridade
do Direito**

Brasília

Dezembro de 2013

Lucas de Sousa Melo Santos

**Terceirização na Administração Pública: a
dignidade do trabalhador sob a perspectiva da
ponderação, do pragmatismo e da integridade
do Direito**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília como
requisito à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador Professor Doutor Paulo Henrique Blair de Oliveira

Brasília

Dezembro de 2013

Lucas de Sousa Melo Santos

Terceirização na Administração Pública: a dignidade do trabalhador na perspectiva da ponderação, do pragmatismo e da integridade do Direito

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com conceito [].

Brasília, 9 de Dezembro de 2013

Professor Doutor Paulo Henrique Blair de Oliveira
Professor Orientador

Professor Doutor Cristiano Paixão
Membro da banca examinadora

Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins
Membro da banca examinadora

Para Ivanete e Wellington, pelo afeto e amor com que me criaram. Se posso sonhar em ser algo, certamente é pelo esforço conjunto de vocês.

Para Bruno e Juliana, pela amizade eterna, pelas risadas e pelas experiências sem as quais não seria o que sou hoje.

Para Ana Carolina, companheira de tantos momentos e sentimentos, por cada sorriso, por cada gesto, por aceitar a cada dia compartilhar sua vida comigo.

Para Carole, companhia de tantas tardes, por me ensinar o significado de lealdade e serenidade.

Para Davi e Amanda, pequenos amigos, por me inspirarem tanta ternura.

Para Ana Maria, protetora e protegida, inspiração deste trabalho, com quem tenho um débito eterno de carinho e dedicação.

Amo vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço profundamente a todos que, de alguma forma, ajudaram na minha formação e nas minhas inquietações, muitas das quais estimularam a presente pesquisa.

Agradeço ao professor Paulo Blair, orientador deste trabalho, por me ensinar que a filosofia nos dá a convicção necessária para seguir os ideais que muitos perdem na prática diária do Direito. Sem dúvida, um grande exemplo sem o qual o magistério de nossa Faculdade seria mais vazio.

Agradeço, também, ao meu pai, Wellington, por me oportunizar a convivência com a rotina dos tribunais desde muito cedo. Sem esta experiência, este singelo trabalho com certeza seria muito mais pobre.

Agradeço, por fim, a William, colega de faculdade e amigo de quase duas décadas, pelas longas conversas, algumas das quais me fizeram pensar muito sobre o que é justo e correto.

RESUMO

O presente trabalho tem a proposta de analisar a terceirização na Administração Pública sob o enfoque de três das mais difundidas teorias do direito: a ponderação, o pragmatismo e a integridade do Direito. A partir de uma tese forte dos direitos, procura-se evidenciar a insuficiência do balanceamento de Alexy para considerar de forma séria as garantias trabalhistas dos terceirizados. Demonstra-se também que o pragmatismo de Richard Posner, enquanto sistema voltado para argumentos de política, tende a sacrificar os direitos dos prestadores de serviço em favor de objetivos da maioria, como a necessidade por eficiência e o corte de gastos na Administração. Por fim, conclui-se, pela perspectiva da integridade do direito, que o atual modelo de responsabilidade da Administração pelos direitos do terceirizados é inconstitucional segundo a melhor interpretação da teoria constitucional trabalhista, situação essa que deveria ser corrigida por avanços em direção à responsabilidade solidária e objetiva do Estado pelas verbas devidas àqueles terceirizados cujos serviços beneficiam diretamente a Administração.

Palavras-chave: terceirização; administração pública; ponderação de princípios; pragmatismo; integridade do direito; dignidade do trabalho

ABSTRACT

This work proposes to analyze the outsourcing in Public Services under three of the most influential law theories: principles weighing, pragmatism and Law as integrity. Starting from a strong thesis of rights, it's shown that Robert Alexy's principles weighing is insufficient to take labor rights seriously. It's also demonstrated that Richard Posner's pragmatism, as a system aimed at policies arguments, tends to sacrifice workers' rights in favor of majoritarian objectives, like the need for efficiency and resources cuts in Public Administration. It's concluded that, as of the Law as integrity's perspective, the actual Administration liability about outsourced workers' rights is unconstitutional as of the labor constitutional theory's best interpretation. This situation should be corrected by advancing to a strict and joint Administration liability towards those amounts owed to outsourced workers whose labor benefits the Public Administration.

Key-words: outsourcing; Public Service; principle weighing; pragmatism; law as integrity; labor's dignity

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 O projeto de lei nº 4.330/2004.....	13
2 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEGUNDO A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS PROPOSTA POR ROBERT ALEXY	15
2.1 O método da ponderação	16
2.2 Os limites da racionalidade valorativa de Alexy e aplicação da máxima da proporcionalidade à terceirização na Administração pública.....	19
3 A TERCEIRIZAÇÃO NA PERSPECTIVA DA TEORIA JURÍDICA DE RICHARD POSNER	30
3.1 Do ceticismo moral ao pragmatismo jurídico: os fundamentos da abordagem econômica do direito de Richard Posner	31
3.2 O pragmatismo como concepção de direito voltado para políticas e a desconstrução da maximização de riqueza como conceito ético	37
4 A INTEGRIDADE DO DIREITO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA UMA COMPREENSÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO.....	52
4.1 A teoria de Ronald Dworkin	53
4.2 A inconstitucionalidade da (ir)responsabilidade do tomador de serviços segundo a integridade	63
CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS	85

1 INTRODUÇÃO – ASPECTOS GERAIS DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização, enquanto fenômeno trabalhista moderno e difundido, refere-se ao sistema segundo o qual uma empresa serve-se de trabalhadores alheios para executar algumas de suas atividades. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

Para o Direito do Trabalho, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno, insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.
(DELGADO, 2012, p. 435)

Estabelece-se, portanto, uma relação trilateral, consistente no obreiro, prestador de serviços, na empresa tomadora, que se beneficia diretamente da atividade exercida pelo trabalhador, e na empresa terceirizante, com a qual o obreiro tem o vínculo efetivo de trabalho. Entre a empresa terceirizante e a empresa tomadora há um contrato de prestação de serviços segundo o qual a primeira será remunerada por colocar trabalhadores dentro da segunda para que exerçam algumas atividades pertencentes ao ciclo produtivo da tomadora.

Trata-se, portanto, de modelo de organização administrativa que visa a descentralizar as atividades da empresa, permitindo uma maior especialização da empresa tomadora na sua atividade fim e da empresa prestadora nos serviços que oferece. Assim, haveria uma modernização em cadeia do setor produtivo, no qual tornam-se melhores em suas atividades específicas, produzindo bens de maior qualidade e a um preço mais baixo (VIANA, 2011).

A mesma lógica se aplica à terceirização perseguida pela Administração Pública. O Estado, movido pelos princípios da eficiência – art. 37, *caput* da Constituição Federal¹ - e da descentralização de suas atividades, beneficia-

¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

se da contratação de empresas prestadoras de serviço na medida em que diminui a necessidade por servidores efetivos, e todos os encargos financeiros e previdenciários que lhes acompanham, laborando nas atividades meio do serviço público.

Entretanto, a tais vantagens se opõem diversos efeitos deletérios que tornam a terceirização um dos fenômenos mais precarizantes das relações de trabalho do país. Os prestadores de serviços, vítimas maiores desse processo, encontram-se constantemente em situações periclitantes, como acidentes de trabalho, assédio moral e despedidas arbitrárias. Mais, sofrem com a destruição do sentimento de classe, degradação de condições de higiene e redução dos valores salariais (VIANA, 1996).

Dessa forma, a terceirização sempre foi acolhida com resistência pelos tribunais trabalhistas e pela vasta maioria da doutrina brasileira. Entretanto, pressões de cunho econômico têm tornado nebulosos os limites outrora impostos, de forma que, ao traçar um breve histórico da matéria, percebe-se que este fenômeno tem paulatinamente ganhado mais hipóteses de aplicação e mais espaço dentro do sistema de produção brasileiro (VIANA, 2011).

Atualmente, a distinção entre atividade-meio e atividade-fim é o marco no Direito do Trabalho com respeito à validade da terceirização de serviços no Brasil. Tal limite está disposto na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho², que preceitua ser lícita a terceirização somente em serviços de vigilância,

² Súmula 331 do TST. Contrato de prestação de serviços. Legalidade.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03/01/1974).

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

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20/06/1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

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

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21/06/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (BRASIL, 2011)

conservação e limpeza, bem como a de serviços relacionados às atividades-meio da tomadora, desde que prestados sem subordinação direta e sem pessoalidade. Caso o contrato seja feito fora dessas hipóteses, estabelece-se o vínculo direto do prestador de serviços com a empresa tomadora.

Em relação ao serviço público, porém, o próprio inciso II da referida súmula afasta a possibilidade de reconhecimento do vínculo direto com a Administração, pois implicaria em ofensa à obrigatoriedade de acesso ao serviço público pela via do concurso.

No tocante à responsabilidade do tomador de serviços por eventuais verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços, esta é subsidiária, exigindo o exaurimento das vias executórias contra a empresa terceirizante para se alcançar o patrimônio da tomadora.

Todavia, em relação à Administração Pública, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 24/11/2010, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 do Distrito Federal³, pela constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/1993⁴. Assim, restou assentado que a responsabilidade subsidiária não decorre do mero inadimplemento da empresa prestadora. Passou-se a exigir a demonstração de culpa do Estado na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizante. Somente com esse aspecto comprovado restará determinada a responsabilização subsidiária da Administração.

Esse é o atual regramento segundo o qual se organizam as relações de prestação de serviços terceirizados no Brasil.

³ 3 EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, §1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, §1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (BRASIL, 2010)

⁴ Art. 71, § 1º: A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

1.1 O projeto de lei nº 4.330/2004

Respondendo ao lapso legislativo que assombrou as relações de prestação de serviços nas últimas décadas, tramita em fase avançada junto à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.330/2004, de autoria do deputado Sandro Mabel (BRASIL, 2004), tendo o objetivo de regular a terceirização no Brasil e conferir segurança jurídica a este instituto.

Para tanto, o projeto abandona a distinção jurisprudencial entre atividade-fim e atividade-meio em favor do critério de especialização como validador do serviço prestado, não importando em que fase produtiva ocorra. Esta posição refletiria a flexibilização que o dispositivo pretende atender, satisfazendo a necessidade das empresas de melhor se adequar às constantes flutuações do mercado.

Ademais, há também a suposta preocupação de se aumentar a proteção do trabalhador prestador de serviços, pela qual procura-se a terceirização de sua atual posição como fenômeno de precarização das garantias trabalhistas.

Para melhor ilustrar esse dispositivo, serão brevemente expostos os principais pontos do PL 4.330/2004, de acordo com o último substitutivo em tramitação na Câmara dos Deputados.

A empresa prestadora deverá ter objeto social único, de forma a garantir a especialização do serviço prestado. Para tanto, pode ser requerida a comprovação da aptidão mediante certificados sobre a capacidade das instalações e dos membros daquela empresa para a atividade que se propõe (art. 2º e §§). Comprovada esta especialização, a terceirização pode ocorrer em qualquer fase da cadeia produtiva (art. 4º). Ademais, a empresa prestadora deve possuir capital social integralizado compatível com a execução do serviço (art. 6º, I).

Há elementos essenciais que devem constar no contrato de prestação de serviços, para além daqueles típicos de qualquer contrato, tais como prestação de garantia pela empresa terceirizante (art. 5º, III); possibilidade de interrupção do pagamento dos serviços contratados em caso de inadimplemento com os

trabalhadores e retenção desses valores em conta específica para pagamento de tais verbas (art. 5º, V e VI).

Enquanto os serviços forem executados nas dependências da empresa contratante ou em local por ela designados, são assegurados aos terceirizados as mesmas condições de transporte, alimentação, atendimento médico e treinamento oferecidos aos trabalhadores efetivos (art. 11). Inclusive, a contratante é responsável pelas condições de segurança e higiene dos prestadores de serviço que estejam nas suas dependências (art. 12).

Por fim, em relação aos créditos dos trabalhadores prestadores de serviço, há a criação da chamada responsabilidade subsidiária relativa, na qual só há o benefício da subsidiariedade da tomadora quando comprovar que se desincumbiu a contento do seu ônus fiscalizatório. Caso não o faça, sua responsabilidade será solidária (art. 14). Trata-se de inversão do ônus da prova em favor do empregado.

É importante ressaltar que, conforme consta do último substitutivo analisado, os legisladores resolveram excluir do âmbito de aplicação do PL 4.330/2004 as relações de prestação de serviço havidas na Administração Pública direta ou indireta, aplicando-se tão somente a sociedades de economia mista e empresas públicas. Esta exclusão decorreu da percepção que esta hipótese exige regulamentação diferenciada, a ser aventada posteriormente.

Isso não implica em que a análise do PL 4.330/2004 não importa ao presente trabalho. Ao contrário, é notório que, uma vez promulgada, provavelmente haverá revisão jurisprudencial no sentido de equalizar as condições dos terceirizados no setor público e do setor privado, tornando o estudo da proposição legislativa essencial ao desenvolvimento desta pesquisa.

Assim, situado o leitor em relação ao atual contexto da terceirização no país, avança-se sobre a análise dessa questão sob algumas das concepções de direito mais difundidas no campo jurídico: a ponderação, o pragmatismo e a integridade do direito.

2 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEGUNDO A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS PROPOSTA POR ROBERT ALEXY

Provavelmente o método de discurso legal mais adotado e difundido na comunidade jurídica, a ponderação proposta por Robert Alexy em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais* tem papel preponderante na atividade das cortes constitucionais. Sua influência é latente na jurisprudência de diversos países, sendo inclusive a ferramenta abertamente adotada pela Corte Constitucional alemã nos casos ditos difíceis (HABERMAS, 1996, p. 247 e ss). O Brasil também não foge dessa tendência, estando a ponderação de valores constitucionais no âmago da argumentação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal (MENDES; BRANCO, 2011, p. 208-216).

Parte do seu prestígio advém da aparente clareza racional que imbui o discurso de balanceamento, o que permite aos intérpretes chegar a conclusões aparentemente satisfatórias acerca de temas controvertidos.

Por óbvio que o objeto da presente pesquisa, a terceirização na administração pública, apresenta questões suscetíveis ao balanceamento proposto por Alexy. Ademais, ao se considerar que é uma matéria pouco regulada e que só recentemente tem recebido atenção dos legisladores, percebe-se que é um tema lacunoso, apresentando um campo fértil para os meandros do racionalismo do sopesamento ora proposto.

Entretanto, considerando os efeitos deletérios que a terceirização traz, conforme exposto na introdução deste trabalho, cabe a seguinte indagação: a ponderação é uma ferramenta apta a garantir a efetividade dos direitos em jogo, especificamente aqueles dos prestadores de serviços? A realização ótima de princípios leva a sério a dignidade do trabalhador em face da pretensa economicidade que deve reger o serviço público? Antes de responder a tais questões, cumpre estruturar os principais aspectos do sopesamento.

2.1 O método da ponderação

A ponderação se propõe a fornecer conclusões claras e racionais para temas controvertidos, especialmente aqueles que se coloquem na esfera constitucional. Para tanto, parte-se de um procedimento trifásico de análise da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito sobre a medida que porventura se submeta ao crivo do sopesamento. Antes de entrar nos pormenores dessa atividade, contudo, cumpre esclarecer a estrutura normativa sobre a qual Alexy se apoia ao desenvolver sua teoria.

O aspecto principal da *Teoria* é a estrutura binária de normas que o autor propõe em sua obra. Para ele, todo ordenamento jurídico minimamente desenvolvido e que já atingiu certo nível de complexidade (ALEXY, 2009, p. 90), é composto de regras e princípios. Apesar de as duas categorias se referirem a normas no sentido de conceitos deontológicos, em oposição ao aspecto axiológico dos valores e ao antropológico do interesse, da vontade e da ação (ALEXY, 2011, p. 145), apresentam diferenças de cunho qualitativo que sugerem a necessidade de compreendê-los como espécies separadas.

Para maior clareza, as palavras do próprio Autor:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2011, p. 90)

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não são satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. (ALEXY, 2011, p.91)

A partir dessa separação, analisa-se a possibilidade de conflito entre regras e colisão entre princípios.

O conflito entre regras não apresenta grandes óbices, sendo a hermenêutica para a sua solução parecida entre os autores trabalhados nesta pesquisa (DWORKIN, 2010, p. 43). Pode-se resolver a questão de duas formas: ou é inserida em uma das regras uma cláusula de exceção à regra conflitante, ou, caso tal cláusula seja impossível, declara-se inválida uma das regras, retirando-a do

sistema jurídico. Isso porquê “o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida ou não é.” (ALEXY, 2011, p. 92).

Já a colisão entre princípios é o principal objeto da teoria proposta por Alexy. Neste caso, dada a natureza de tais normas como mandamentos de otimização, não há declaração de invalidade, mas tão somente o estabelecimento de relações de precedência de um princípio em face de outro a partir de um determinado contexto fático (ALEXY, 2011 p. 93). Esse contexto fático aponta justamente para as condições que, estando presentes, conferirão a determinado princípio precedência em relação ao outro. Estamos aqui diante da proporcionalidade em sentido estrito, ou máxima da proporcionalidade, conteúdo central na teoria do Autor.

Essa máxima visa a operacionalizar as limitações jurídicas de realização dos princípios. As questões da adequação (se determinado meio é apto à consecução do fim pretendido) e da necessidade (se o meio escolhido é, dentre os demais, o menos gravoso para consecução do mesmo fim), relacionam-se com as limitações fáticas que se impõem sobre a realização *prima facie* que ordena o princípio (ALEXY, 2011, p. 118).

Essa operação de precedência ocorre a partir da atribuição de pesos aos princípios colidentes. Alexy assim explica o conceito de pesos em sua teoria:

Em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto. (ALEXY, 2011, p. 97)

Defendendo-se das críticas que lhe foram dirigidas, especialmente por Habermas, Alexy esclarece como sopesar as ditas “razões suficientes” para a preferência por um princípio e não por outro:

La ley de ponderación muestra que la ponderación se puede dividir en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. (ALEXY, 2009, p. 32)

São três os graus propostos pelo autor para se caracterizar a não satisfação ou afetação dos princípios colidentes: grave, médio e leve.

Dessa forma, apenas uma alta satisfação de determinado princípio pode justificar uma afetação grave em outro, na mesma medida em que a afetação em grau leve de um mandamento *prima facie* já é admitida desde que os fins sejam satisfeitos com alguma profundidade.

Desse sopesamento, assumindo que foi feito de forma correta, extrai-se uma regra para o qual o caso concreto será subsumível, resolvendo, portanto, a questão controvertida. Daí o afastamento de uma concepção de ordenamento jurídico como um modelo puro de princípios, já que o resultado de uma operação de balanceamento é necessariamente uma regra de direito atribuída (ALEXY, 2011).

Questão diversa é aquela que passa pela identificação de quais princípios devem ser contabilizados nesta operação. Para Alexy, “*um princípio é relevante para uma decisão de direito fundamental quando ele pode ser utilizado corretamente a favor ou contra uma decisão nesse âmbito*” (ALEXY, 2011, P. 136). Em outras palavras, serão pertinentes aqueles mandamentos que forem articulados de forma coerente em favor ao direito almejado.

Essa atividade de prospecção argumentativa dos princípios pertinentes à discussão é compatível com a estrutura de discurso jurídico que o autor propõe para sua teoria, especificamente quando diz que “*O caráter prima facie dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios*” (ALEXY, 2011, p. 105).

Todos esses aspectos trazidos até o momento convergem para um ponto crucial da teoria da ponderação alexyana. O sopesamento feito corretamente, a atribuição não arbitrária de pesos às afetações e satisfações dos enunciados jurídicos, a relevância dos princípios segundo a carga argumentativa que lhes é colocada, tudo aponta para o elemento intelectual sobre o qual se estrutura toda a teoria dos direitos fundamentais de Alexy: a racionalidade do intérprete.

Apesar de passar de forma relativamente esmaecida no corpo de suas principais obras, somente quando instigado pela crítica de Habermas à ponderação,

Alexy, em seu posfácio à *Teoria*, deixa claro que todas as proposições ali defendidas partem da racionalidade dos seus atores:

Si la tesis de que la ponderación carece de `medidas racionales` se interpreta literalmente, debe llegarse a la conclusión de que mediante la ponderación no puede establecerse un resultado de forma racional em ningún caso. A esta tesis pueden oponerse dos tesis contrarias, una radical y una moderada. [...] Com ello, todo confluye a la tesis moderada. Esta tesis sostiene que, com ayuda de la ponderación, ciertamente no em todos, pero sí em algunos casos, puede establecerse un resultado de manera racional y que la clase de estos casos es suficientemente interesante como para que la existencia de la ponderación como método esté justificada.(ALEXY, 2001, p. 13).

Esta justificação racional é justamente o que confere às normas jurídicas sua pretensão à correção, elemento classificador do conceito de direito proposto pelo autor:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção. (ALEXY, 2009, p. 151)

Por fim, da operação de estabelecimento de condições de precedência por meio do balanceamento extrai-se uma regra atribuída para a qual aquele determinado caso concreto é subsumível e que decidirá pela procedência ou não da medida em questão.

Estruturado o método da ponderação proposto por Alexy, é de interesse passar às contribuições que essa teoria oferece à análise da terceirização na administração pública.

2.2 Os limites da racionalidade valorativa de Alexy e aplicação da máxima da proporcionalidade à terceirização na Administração pública

Conforme explicitado acima, a ponderação se propõe, a partir de um racionalismo quase ideal do intérprete, a fazer um juízo de otimização em relação a princípios colidentes. É interessante colocar a ferramenta à prova.

Como já dito, a terceirização, enquanto fenômeno contemporâneo do direito do trabalho, tomou grandes proporções e suscita questões controvertidas, especialmente pela demora do legislador em regulamentar a matéria. Nesse sentido, o discurso (e a atividade) judicial se torna necessário à estabilização das expectativas daqueles que vivenciam essa realidade.

Como já visto, a terceirização visa a “*otimizar o processo produtivo, acelerando a produção, eliminando estoque e reduzindo custos*” (VIANA, 2011, p. 57). Assim, trata-se de ferramenta da administração empresarial, visando, em última instância, a conferir mais rentabilidade àquela atividade.

A mesma lógica se aplica à terceirização na Administração Pública. Busca-se descentralizar atividades e aumentar a eficiência do gasto do recurso público, sempre sob os ditames da economicidade cobrada do Estado pelos seus contribuintes.

Obedecendo ao método proposto, inicia-se pela análise das possibilidades fáticas de realização da terceirização, especificamente no setor público, que é o escopo desse trabalho.

O primeiro juízo a ser feito é o da adequação, que expressa uma necessária aptidão do meio escolhido de realizar o fim pretendido. Parece indene de dúvidas que a terceirização, enquanto método de administração, gera uma redução nos custos de uma empresa (no caso, da Administração Pública). Os ganhos, a primeira vista, são claros. Ausência de vinculação direta com a Administração, desnecessidade de concurso público para nomeações, (ir)responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas e flexibilidade na gestão da mão de obra são alguns dos fatores que procuram justificar essa prática.

Entretanto, questiona-se justamente se a esses ganhos não se opõem um decréscimo na produtividade que ofuscaria ao menos parcialmente esses benefícios. Não se pretende aqui fazer uma análise quantitativa de melhora ou piora dos serviços públicos, mas há indicativos de que entidades prestadoras com altas

taxas de terceirização apresentaram índices elevados de má prestação desses serviços⁵. Entretanto, a fim de desenvolver o argumento aqui desenvolvido, toma-se como certo que a terceirização é plenamente adequada para os fins aos quais se propõe.

Já na segunda fase do método em questão, precede-se a um juízo de necessidade, o qual exige que a medida escolhida seja aquela que menos impõe restrições aos bens afetados por essa escolha. Novamente, coloca-se em cheque a utilização da terceirização como ferramenta necessária à racionalização da máquina pública.

Parece que medidas como utilização de modernas técnicas de gestão de materiais e de pessoas, estipulação de metas, realocação eficiente dos servidores e empregados, redução de funções comissionadas e controle efetivo dos gastos dos recursos públicos ainda têm muito a oferecer para melhorar os índices da Administração sem que seja necessário recorrer à precarização das relações de trabalho. Entretanto, novamente a fim de avançar no objeto do presente tópico, presume-se ser a terceirização uma medida necessária à melhora do serviço prestado pelo Estado.

Ultrapassadas as limitações fáticas, chegamos ao crivo das limitações jurídicas no que toca à terceirização de atividades públicas. Nesta fase, conforme acima referido, procede-se à identificação de quais são os princípios pertinentes ao caso, atribuindo-lhes graus de satisfação e de afetação. Feito isso, procede-se ao cotejo entre as normas colidentes, observando se a realização do enunciado favorecido ocorre em grau superior à afetação (negativa) do princípio colidente. Dai é extraída uma regra de direito atribuída que regerá aquele caso em específico.

No que tange à atividade de prospecção dos princípios importantes ao caso, cabe a primeira questão: há uma limitação objetiva de quais normas importam

⁵ Em audiência pública realizada em sessão conjunta das comissões de Ciência e Tecnologia, Trabalho e Administração e Minas e Energia, ocorrida na Câmara dos Deputados em abril de 2008, apontou-se que o setor de fornecimento de energia elétrica, que substituiu grande parte do seu efetivo por prestadores de serviço, apresentou números elevados de reclamações junto aos órgãos reguladores e correccionais, bem como um aumento no passivo judicial trabalhista e consumerista. Para mais informações, vide o debate ocorrido em sessão conjunta das comissões de ciência e tecnologia, trabalho e administração e minas e energia sobre o tema: *Os impactos da terceirização de mão-de-obra pelas empresas concessionárias de serviços públicos nos setores de infraestrutura*.

ou não nesse processo? A resposta de Alexy, como já visto, é que sim, só se deve considerar os princípios que de alguma forma possam ser racionalmente articulados como favorecidos ou afetados pela terceirização.

Pois bem, em breve esforço da identificação dos princípios que são satisfeitos no caso, parece evidente que o princípio da supremacia do interesse público é satisfeito em certa medida, uma vez que um gasto menor, ainda que em detrimento de garantias trabalhistas, atende à ideia de que, nas palavras de Di Pietro, “os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais” (DI PIETRO, 2011, p. 66). Igualmente evidente que o princípio da especialidade, aqui entendido como a prestação de serviços públicos de forma descentralizada, a fim de garantir a especialização naquela atividade (DI PIETRO, 2011, p. 69), também é realizado pela terceirização. Digno de nota que o próprio DL no. 200/67, em seu art. 10, § 7º, já exigia a satisfação do princípio da especialidade. Também seria possível articular em favor da terceirização o princípio da continuidade do serviço público, que é realizado de forma mais perene na medida em que mais prestadores de serviço tendem a suprir eventuais déficits na realização do serviço público.⁶ Como já dito, o princípio constitucional da eficiência, expressamente consignado no art. 37, *caput*, da Carta Maior, também é satisfeito pelos contratos de prestação de serviços, uma vez que tendem a garantir a consecução do serviço a partir de um dispêndio menor de recursos.

Na enumeração dos princípios afetados negativamente pela terceirização, temos aqueles afetados ao próprio Direito Administrativo, dentre os quais o princípio da moralidade, que é assim definido:

Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios da justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa. (DI PIETRO, 2011, p. 79)

⁶ Em 2010, após assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta junto ao Ministério Público do Trabalho, a Companhia Energética de Brasília, CEB, fornecedora de energia elétrica para o Distrito Federal, cessou a utilização de prestadores de serviços em sua atividade de reparo e manutenção do sistema elétrico. Instada a se manifestar sobre a demora nos atendimentos e nas chamadas do público, justificou-se afirmando que os terceirizados deixaram um espaço ainda não preenchido por agentes concursados, o que deve ocorrer até 2015. Havia 1.500 prestadores de serviços e 655 empregados efetivos na instituição. Notícia extraída do sítio do Ministério Público do Trabalho do Distrito Federal e de Tocantins.

É perfeitamente plausível uma construção argumentativa no sentido de que a terceirização, não obstante balizada em estatutos legais e entendimentos jurisprudenciais, afeta expressivamente o princípio da moralidade pública, uma vez que promove a inequidade dos prestadores de serviços em relação aos servidores e empregados definitivos. Ademais, a alta rotatividade de mão-de-obra que assola os terceirizados abre espaço para perseguições pessoais e abusos pelos gestores dos contratos e pelos próprios efetivos, o que certamente não se coaduna com a moralidade administrativa.

Por último nesta lista que não pretende ser exaustiva, mas jamais de importância reduzida, a Constituição Federal (BRASIL, 1988), nas palavras de Jorge Souto Maior (MAIOR, 2006), nos fornece os princípios do acesso ao serviço público pela via do concurso, (art. 37, inciso II⁷), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III⁸), da igualdade material (art. 5º, *caput*, inciso XLI⁹) e da proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual (art. 7º, inciso XXXII¹⁰).

Ademais, poder-se-ia pensar em um princípio da responsabilidade trabalhista daquele que se beneficia diretamente dos serviços prestados, extraído da regra de responsabilidade de todo o grupo econômico pelo empregado que a todos presta serviço (art. 2º, § 2º da CLT¹¹). Por certo que a intermediação de mão-de-obra afasta esse ideal que norteia o direito juslaboral.

Enfim, conquanto se tenha por relevantes todos aqueles enunciados sobre os quais possa ser realizada uma argumentação favorável ou contrária à

7 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

8 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

9 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

10 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

11 Art. 2º § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

medida em questão, haverá uma infinidade de princípios que podem ser trazidos às balanças do sopesamento. O próprio Alexy reconhece a abertura deste campo, mas a ele não oferece uma resposta:

Essa breve – e de forma alguma exaustiva – visão do nível dos princípios mostra que nele estão reunidas coisas extremamente diversas. Mas mais importante que a referência a essa diversidade é a constatação acerca de sua indeterminação. No espaçoso mundo dos princípios, há lugar para muita coisa. (ALEXY, 2011, p. 139)

Fica claro que essa atividade prospectiva, acerca de quais princípios devem ser considerados no sopesamento, apela para uma discricionariedade exacerbada do intérprete, a qual, em última instância, irá beirar o decisionismo e arbitrariedade. Basta lembrar que os princípios administrativos acima enunciados foram trazidos da obra de Maria Sylvia Di Pietro (2011), que reconhece 15 enunciados como princípios da administração, ao passo que Celso Antônio Bandeira de Mello (2010), outro autor consagrado, reconhece apenas 13 deles.

Por óbvio que não se cogita aqui de elevar qualquer mandamento jurídico ao nível de princípio, mas não é possível se esquivar dessa abertura quando o próprio autor enuncia que “*Sempre que uma disposição de direito fundamental garante um direito subjetivo, a ela é atribuído ao menos um princípio dessa natureza*” (ALEXY, 2011, p. 136).

Crítica contundente a essa proliferação principiológica é feita por Lenio Streck:

Trata-se do pan-principiologismo, verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade. Há milhares de dissertações de mestrado e teses de doutorado sustentando que princípios são normas. Pois bem. Se isso é verdadeiro – e, especialmente a partir de Habermas e Dworkin, pode-se dizer que sim, isso é correto – qual é o sentido normativo, por exemplo, do “princípio” (sic) da confiança no juiz da causa? Ou do princípio da “cooperação processual”? [...] No livro Verdade e Consenso (Saraiva, 2011), faço uma listagem de mais de quarenta desses standards jurídicos, construídos de forma voluntarista por juristas descomprometidos, em sua maioria, com a deontologia do direito (lembremos: princípios são deontológicos e não teleológicos!). (STRECK, 2012)

Dworkin, percebendo essa perplexidade, oferece uma solução que, não obstante não se desvie plenamente das críticas ora lançadas, ao menos estabelece os limites para essa atividade prospectiva de princípios, especificamente tratando daqueles que poderiam ensejar o afastamento de uma regra:

É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada. (DWORKIN, 2010, p. 60)

Outro aspecto problemático na teoria do professor alemão é a atribuição pretensamente racional de pesos e graus de afetação aos princípios envolvidos. Tal questão é essencial na sua teoria, circunscrevendo inclusive as margens estrutural e epistêmica de ação legislativa em oposição às margens de ação judicial, conforme será visto a seguir. Porém, o que agora importa é saber por qual critério deve-se atribuir tais pesos. Habermas evidencia que Alexy é sensível a influxos metajurídicos neste ponto:

If one shares Dworkin's deontological understanding of law and follows the argumentation-theoretic considerations advanced by such authors as Aarnio, Alexy, and Günther, one will agree with two theses. First, legal discourse cannot operate self-sufficiently inside a hermetically sealed universe of existing norms but must rather remain open to arguments from other sources. In particular, it must remain open to the pragmatic, ethical, and moral reasons brought to bear in the legislative process and bundled together in the legitimacy claim of legal norms. (HABERMAS, 1996, p. 230)

Entretanto, o mesmo Habermas, em momento diverso da mesma obra, aponta para o risco de não haver na própria norma a medida de sua força:

If principles manifest a value that one should optimally realize, and if norms themselves do not dictate the extent to which one must fulfill this optimizing prescription, the application of such principles within the limits of what is factually possible makes a goal-oriented weighting necessary. (HABERMAS, 1996, p. 254)

Essa orientação finalística poderia, em última instância, sacrificar certos grupos que porventura não tenham podido expressar uma racionalidade em seu favor, tais como as minorias e as classes sub-representadas. Considerando o decisionismo que pode afetar um intérprete desprovido de maiores parâmetros, aos interesses desses grupos podem ser atribuídos pesos menores diante daquelas classes super-representadas.

No caso da terceirização na administração pública, um breve exercício pode elucidar os riscos da pretensa atribuição racional de pesos. O intérprete deve

ponderar sobre a validade ou não da terceirização em determinado órgão. Em estudo mais aprofundado, conclui que há um assoberbamento de serviços administrativos e burocráticos, os quais têm demandado inclusive o desvio de servidores das atividades fim para as atividades meio. Dessa forma, atribui à terceirização dessas atividades meio uma média satisfação da eficiência e da economicidade que regem o setor público.

Entretanto, considerando sua formação acadêmica em direito do trabalho, o intérprete entende ser a terceirização uma prática lesiva a diversos interesses dos prestadores de serviços, dentre os quais a dignidade da pessoa humana e a isonomia com outros trabalhadores do órgão. Especificamente naquele órgão, já há um histórico problemático com empresas prestadoras de serviços que não cumpriram suas obrigações com seus funcionários. Assim, considerando esses elementos, atribui um grau de afetação alto a tais princípios. Ou seja, teríamos uma satisfação média da eficiência e da economicidade ao custo de um sacrifício alto do direito obreiro consubstanciado, no caso, principalmente no princípio da isonomia material e da não discriminação dos tipos de trabalho.

Dessa operação, extrair-se-ia uma regra de direito atribuída que, cotejando uma satisfação média com um sacrifício alto, determinaria que, enquanto existentes as condições acima descritas, os princípios pró trabalhador teriam precedência em relação aos princípios administrativos, afastando a possibilidade de terceirização naquele caso concreto.

Contudo, cabe a indagação: qual foi o critério usado para atribuição dos pesos? A resposta: nenhum que esteja estabelecido objetivamente. É perceptível que detalhes como a formação do intérprete podem influenciar de maneira decisiva na distribuição de pesos e estabelecimento de condições de precedência.

Noutro exemplo, o mesmo intérprete, com a mesma formação e diante dos mesmos fatos, poderia atribuir uma necessidade alta de satisfação dos princípios administrativos, conquanto os advogados do Estado diligenciassem ao intérprete e fortalecessem seus argumentos, aumentando a carga argumentativa em favor de determinado princípio. Daí poderia concluir que a terceirização atende de

forma plena, ou seja, confere um alto grau de satisfação à eficiência do órgão, igualando em grau com a alta afetação do princípio favorável ao trabalhador.

Teríamos uma espécie de empate, portanto, que entra justamente no conceito de margem de ação estrutural defendido por Alexy:

En este caso de lo que se trata es de que, si se presenta um empate //, al Legislador le está permitido no actuar. Dado que cuando se presenta esta constelación también le está permitido actuar si lo desea, entonces se debe aceptar que existe um margen de acción, entendido de acuerdo com la definición anteriormente expuesta, como um espacio de discricionalidad em el que está permitido actuar o no actuar. (ALEXY, 2006, p. 45)

Ou seja, estaria configurado um espaço de discricionariedade ao legislador/intérprete, não estando sujeito ao crivo judicial no sentido de que a utilização da terceirização não pode ser coibida, tampouco invalidada pela operação do sopesamento.

Aliás, esse foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que, ao cotejar os princípios de garantia trabalhista com os princípios da eficiência e da economicidade na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF, procedeu a “*clara hermenêutica de ponderação, que privilegia a noção expressa no § 1º do art. 71 da Lei de Licitação, para impedir a imputação ao Poder Público de responsabilidade automática pelo cumprimento das obrigações*” (VIANA, 2011, p. 74).

Também restou claro que, nas discussões legislativas sobre o PL 4.330/2004, há menção ao uso do método do balanceamento para a anteposição de princípios juslaborais às necessidades do capital, ainda que, a rigor, os legisladores sequer sigam os passos propostos pelo autor alemão:

Os princípios constitucionais, muitas vezes, são concorrentes entre si. Na medida em que a Constituição trata de todos os aspectos da vida social e política de uma nação, é compreensível que os vários princípios que abriga também produzam eventual tensionamento de interesses opostos. Afinal, se é o no seio da sociedade que acontecem as disputas próprias do relacionamento humano, é natural que a constituição, como contrato social, venha a tutelar interesses que sejam contrapostos. Outrossim, o papel do legislador, como representante que é das várias matizes da sociedade, é proceder à ponderação deste princípios, subsumindo suas distensões, respeitando os limites delineados pela constituição, para, ao final, produzir marco regulatório capaz de fornecer segurança jurídica e justiça social. (BRASIL, 2004, Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, p. 14)

Ainda que os posicionamentos judiciais e legislativos tenham sido em um mesmo sentido, é bem possível que pudessem inclinar-se em outra direção. Dessa forma, questiona-se: como é possível sopesamentos feitos a partir de situações tão similares chegarem a regras atribuídas tão diversas? Trata-se do sintoma do racionalismo argumentativo proposto por Alexy, cuja mera pretensão à correção já é suficiente para classificar a decisão como sustentável. Ignora, entretanto, que as partes em um processo judicial não estão necessariamente interessadas em desenvolver uma argumentação coerente com a realidade, mas antes, de obter o bem da vida em disputa. Nas palavras de Habermas:

The parties are not committed to the cooperative search for truth, and they can pursue their interest in a favorable outcome through 'the clever strategy of advancing arguments likely to win consensus'. (HABERMAS, 1996, p. 231)

Essa maleabilidade dos princípios, que ora concluem em um sentido, ora em outra, a depender de uma pretensa carga argumentativa, demonstra o aspecto mais contestável da teoria de Alexy, qual seja, o paradoxal esvaziamento do caráter deontológico dos princípios enquanto normas.

O autor alemão se esforça em diferenciar princípios de valores (ALEXY, 2011, p. 144 e ss), mas, ao admitir o estabelecimento de condições de preferência e de gradação, esbarra em concepções tipicamente axiológicas, justamente a esfera da qual procurava se desvencilhar.

Essas concepções ficariam ressaltadas a partir do momento em que é atribuído, por exemplo, um alto teor de satisfação à economicidade administrativa tão somente a partir de argumentos trazidos pela Administração de que a terceirização é um instrumento de gestão eficiente, ou que os prestadores de serviço compõem uma grande massa de assalariados no mercado formal. A tradução desses argumentos em uma atribuição de um peso é inexoravelmente um juízo de valor. O próprio Alexy descreve a operação:

Já os conceitos valorativos comparativos permitem uma valoração mais diferenciada. Eles são utilizados quando se afirma que, dentre dois objetos, um tem maior valor que o outro ou que ambos têm o mesmo valor. (ALEXY, 2011, p. 148)

Em verdade, assumindo, como o próprio professor alemão propõe, que princípios efetivamente sejam normas, o influxo axiológico geraria uma indesejável perda de normatividade. Ao serem aplicados de forma gradativa, com diferentes níveis de satisfação e afetação, os princípios não se submeteriam à resposta binária de serem válidos ou não para um presente caso. Este aspecto não apenas relativiza a correção de uma decisão como também põe em xeque o próprio processo decisório judicial. (HABERMAS, 1996, p. 232)

Percebe-se, portanto, que a ponderação esvazia a carga normativa dos princípios por uma carga puramente argumentativa-valorativa. Nesse ponto, a explicação de Habermas é suficiente em concluir quais os riscos dessa operação:

For if in cases of collision all reasons can assume the character of policy arguments, then the fire wall erected in legal discourse by a deontological understanding of legal norms and principles collapses. As soon as rights are transformed into goods and values in any individual case, each must compete with the other at the same level for priority. Every value is inherently just as particular as every other, whereas norms over validity to a universalization test. [...] Because norms and principles, in virtue of their deontological character, can claim to be universally binding and not just specially preferred, they possess a greater justificatory force than values. Values must be brought into a transitive order with other values form case to case. Because there are no rational standards for this, weighing takes place either arbitrarily or unreflectively, according to customary standards and hierarchies. (HABERMAS. 1996, p. 259)

Nesse sentido, a operação de sopesamento não leva a sério o caráter deontológico dos direitos, dando amplo espaço ao arbítrio e à vitória daquele que disponha de mais recursos para argumentar em favor de determinado interesse. Considerando que no Brasil há uma concentração enorme da capacidade de influenciar - agir comunicativamente - em grupos que defendem uma relativa minoria, esse problema é ainda mais grave, pois tende a impor o sacrifício a uma massa que porventura não possua os meios de se fazer escutar.

No caso da terceirização na administração pública, a verdade é que a máxima da proporcionalidade, ao atribuir um peso à afetação dos direitos mais básicos do trabalhador, termina por esvaziá-los, uma vez que, feita essa valoração, não há mais limites lógicos para uma posterior redução, especialmente se comparada ao argumento do benefício da coletividade.

3 A TERCEIRIZAÇÃO NA PERSPECTIVA DA TEORIA JURÍDICA DE RICHARD POSNER

Richard Posner é por muitos considerado um dos autores de Direito mais influentes do século XX. Sua teoria pragmática influenciou diversos juristas e fez dele um dos maiores expoentes do início da chamada análise econômica do Direito, ao lado de nomes de relevância como Ronald Coase e Guido Calabresi.

A sedução de sua teoria atende a um anseio antigo que vem desde Kelsen e sua teoria pura: imputar ao Direito diretrizes mais próximas das ciências exatas, tais como a análise de dados empíricos como fundamento de decisões judiciais e a aplicação da teoria comportamental econômica ao direito penal e civil, para citar apenas alguns exemplos. É o que os economistas chamam de economia do comportamento não mercadológico. (POSNER, 2010, p. 3)

Nesse contexto, é evidente que a terceirização, especialmente aquela ocorrida no seio da administração pública, como é o escopo do presente trabalho, oferece justificações de ordem econômica em seu favor. Enquanto ferramenta da administração empresarial, é instituto que objetiva reduzir custos, especializar atividades e aumentar o lucro. Mais importante, fornece dados econométricos com os quais a *Law and Economics* se propõe a trabalhar.

Esta corrente tenta auxiliar os juristas a responder algumas das seguintes perguntas: determinada atividade – no caso, a terceirização - oferece um incremento na média de riqueza da atividade? A figura da empresa prestadora de serviços gera, na média, um acréscimo na riqueza da sociedade? Deve-se taxar ou estimular a terceirização? São estes alguns dos aspectos levantados por Richard Posner em suas obras e sobre os quais, segundo o defende autor, a prática jurídica deveria ser construída.

Porém, fica a dúvida se as respostas aos questionamentos devem ter tamanha importância sobre a atividade jurisdicional e, em relação ao Projeto de Lei 4.330/2004, sobre o próprio Congresso Nacional. Mais, questiona-se se as perguntas feitas são as mais pertinentes à discussão. A ótica do trabalhador é

contemplada na análise econômica do Direito? É possível precificar todos os bens jurídicos trabalhistas, até mesmo aqueles de conteúdo imaterial? É a partir dessas provocações que se avança sobre a teoria de Richard Posner, sempre pensando na sua contribuição ao presente tema.

3.1 Do ceticismo moral ao pragmatismo jurídico: os fundamentos da abordagem econômica do direito de Richard Posner

Richard Posner possui uma postura inflamada em relação a certos ramos do pensamento jurídico. Antes de aprofundar nos detalhes da teoria que propõe, é necessário entender quais são suas restrições, até mesmo por que, em verdade, toda sua teoria parece ser estruturada como alternativa ao misticismo e à arbitrariedade que, segundo ele, permeiam a comunidade jurídica.

O principal aspecto criticado pelo autor norte-americano é a teoria jurídica moral. A empreitada em favor desta moralização seria, para ele, um atraso no desenvolvimento da ciência jurídica e não teria nada a oferecer ao discurso prático:

Sua versão moderada [da teoria cética] diz que, mesmo que a teorização moral possa fornecer um fundamento útil para alguns juízos morais, não deve ser usada para a formulação de juízos jurídicos. Ela não é algo com que os juízes se sintam ou possam se sentir à vontade nem algo que saibam ou possam saber usar; causa a dissensão social; e não tem nada em comum com as questões presentes nas demandas judiciais. (POSNER, 2012, p. 4)

O discurso moral careceria de qualquer notoriedade justamente por não ser cogente, ou seja, por não oferecer quaisquer motivos ou motivação que ensejassem uma mudança no comportamento geral das pessoas. Este critério de generalidade aqui toma uma importância mais elevada justamente pelo fato de Posner definir a moral como muito individual para ser levada em conta no campo das discussões coletivas. Em suas próprias palavras, não chega ao extremo daqueles que *“acreditam que a verdade moral seja incognoscível. [...] porém, com a exceção daqueles princípios rudimentares de cooperação social que são inúteis para resolver qualquer questão moral concreta, essa realidade factual é sempre local.”* (POSNER, 2012, p. 13)

Essa sua característica, somada ao reconhecimento do relativismo e da pluralidade moral, do particularismo - não existem máximas morais gerais – e do subjetivismo, firma a sua posição dentro do que denomina ceticismo moral pragmático, segundo o qual as perguntas morais não têm respostas convincentes senão quando forem reduzidas a questões puramente factuais, de forma que têm pouca valia para o debate público racional. (POSNER, 2012)

Enquanto cético moral, Posner ataca com veemência o que chama de moralistas acadêmicos, profissionais voltados única e exclusivamente à teorização moral e que passam suas carreiras acreditando que suas construções mentais, tomadas por rigorosas nos círculos acadêmicos, tendem a aperfeiçoar os juízos morais, não obstante tenham pouca ou nenhuma influência na formação da convicção das pessoas.

Atribuir aos moralistas acadêmicos o conceito de profissionais, dentro da teoria de Posner, não foi mero acaso. Sua crítica, para além da pouca utilidade desta atividade, debruça-se sobre outro aspecto. O de que o moralista acadêmico, e aqui especificamente trata do magistério jurídico, atingiu tal nível de especialização que se tornou um profissional dissonante dos juízes, advogados e demais juristas:

Com o processo de profissionalização, o direito acadêmico está se tornando uma profissão liberal independente (isolada da prática do direito, mas próxima de outras disciplinas acadêmicas, como a economia e a teoria política). É esta a causa fundamental da distância crescente que separa os juristas acadêmicos e os demais profissionais do direito. Cada profissão liberal tende a não se colocar na mesma frequência de onde de qualquer outra ocupação. [...] Para prestarem mais auxílio ao judiciário, é melhor que os juristas acadêmicos desenvolvam e analisem dados empíricos relacionados com o direito, e não que se coloquem na posição de um poder judiciário paralelo policialesco e abelhudo. (POSNER, 2012, p. 305)

Esta classe profissional liberal se desenvolveria em torno de um conhecimento quase esotérico e de uma linguagem própria, que lhe assegurariam uma posição prestigiada, a qual, na opinião de Posner, seria dessa forma classificada “*não pela posse concreta de um conhecimento especializado e valioso para a sociedade; mas pela a crença de que determinado grupo possui esse conhecimento.*” (POSNER, 2012, p. 294). E seria justamente a constante

necessidade de manutenção pessoal desse *status* que agravaria o distanciamento destes professores filósofos em relação à prática jurídica.

Para combater essa tendência dentro da academia, far-se-ia necessária uma profissionalização em outro sentido. Deveria haver um zelo pelo desenvolvimento de habilidades genuinamente valiosas para a sociedade, pautados pelo conhecimento desvinculado de devaneios morais. Só assim o ensino acadêmico de direito poderia pleitear legitimamente o *status* e os benefícios exigidos pela profissão. Este processo seria o que Weber chamava de racionalização das profissões liberais, fenômeno segundo o qual o misticismo cultivado por determinadas categorias seria suplantado pela produção de conhecimentos úteis e especializados. (POSNER, 2012, p. 300)

É nesse contexto que Posner apresenta, como alternativa à teoria moral do Direito e como meio para a consecução da profissionalização pretendida, o pragmatismo jurídico, “*entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações.*” (POSNER, 2012, p. 358).

O juiz pragmático teria, antes de tudo, um compromisso com o presente e o futuro, com os efeitos que sua decisão teriam na comunidade de hoje e de amanhã. O mais importante seria cotejar quais seriam os impactos práticos de uma determinada decisão sobre a sociedade. Assim, o direito positivado teria um papel secundário na concepção de Posner, assemelhando-se a uma espécie de massa plástica que preencheria as lacunas existentes na estrutura social, mas com sua normatividade sujeita à conveniência ditada pelos efeitos de sua aplicação naquele caso.

Também nesta linha é a posição de Posner em relação à consideração pelos precedentes, sempre tão tenros ao *common law*, mas de uma significação reduzida para o autor:

[...] o juiz pragmatista encara jurisprudência, a legislação e o texto constitucional sob dois aspectos: como fontes informações potencialmente úteis sobre o provável melhor resultado no caso sob exame como marcos que ele deve ter o cuidado de não obliterar nem obscurecer gratuitamente, pois as pessoas os tomam como pontos de referência. Porém, como vê

essas fontes somente como fontes de informação e como restrições parciais à sua liberdade de decisão, ele não depende delas para encontrar o princípio que lhe permite decidir um caso verdadeiramente inusitado. Recorre, antes, a fontes que tenham relação direta com a sabedoria da norma que se pede que ele confirme ou modifique. (POSNER, 2012, p. 382)

Ou seja, ao contrário dos positivistas, que tomam a norma como fonte máxima da atividade judicante, Posner parte de uma análise consequencialista das decisões, atribuindo aos efeitos práticos um peso bastante elevado para a formação da convicção do jurista, que sempre buscaria alcançar o resultado de melhores efeitos para a comunidade.

Entretanto, vale salientar que este *trade-off* entre aplicação da norma positiva e o seu afastamento em virtude do incremento da condição social não seria comum, uma vez que, na concepção do autor, a própria legislação aspira à eficiência e à redução dos custos de transação:

Em grande medida, esse sistema de direito parece projetado, conscientemente ou não, para alocar recursos da forma com um mercado real o faria, mas em circunstâncias nas quais os custos de transação são tão altos que o mercado deixa de ser um método viável de alocação. (POSNER, 2010, p 75)

Esta constante pelo incremento da condição coletiva posiciona Posner dentro, ou ao menos próximo, do espectro utilitarista, adotando a perspectiva mais geral dessa corrente. Entretanto, o autor propõe uma espécie de utilitarismo refinado, uma teoria utilitarista restrita, em oposição ao utilitarismo clássico. (POSNER, 2010, p. 59).

A hipótese do utilitarismo clássico é de que as ações de um determinado povo devem ser julgadas do ponto de vista da eficácia na promoção da felicidade daquela sociedade. Posner procura se afastar desta corrente, e, conseqüentemente, das suas maiores críticas, por sua oposição ao uso da felicidade como pressuposto ético do pensamento utilitário. Para ele, este conceito apresenta problemas insuperáveis que desaconselham o seu uso: impossibilidade de valoração da felicidade produzida, indeterminação do conceito e a “*presteza com que o utilitarista sacrifica os indivíduos inocentes no altar das demandas sociais.*” (POSNER, 2010, p. 69).

Dessa forma, Posner desenvolve outro fundamento ético para sua teoria pragmática: a maximização da riqueza. Para ele, a riqueza, enquanto oposta à felicidade utilitarista, traria uma séria de vantagens. Primeiro, a riqueza impede o influxo de pretensões antissociais permitido pelo utilitarismo clássico, que deveria considerar, por exemplo, a felicidade auferida por um estuprador em relação ao terror causado à vítima. A riqueza, todavia, consideraria somente as “*preferências [...] financeiramente sustentadas, isto é, que se manifestam em um mercado*”. (POSNER, 2010, p.73). A felicidade apresenta dificuldades de mensuração consideráveis, ao passo que a riqueza pode ser facilmente apreendida a partir de mercados reais e hipotéticos. Esses, dentre outros tantos aspectos, tornam a maximização da riqueza como uma pretensão preferível à maximização da felicidade. Daí a tentativa de Posner de se afastar do utilitarismo clássico.

Um aspecto essencial à compreensão da teoria do autor norte-americano é que, para ele, a otimização da produção de riqueza é congruente com uma teoria justa de atribuição de direitos. Mais, a maximização ora proposta seria, inclusive, anterior à própria distribuição inicial de direitos, influenciando no resultado desta operação. Tal princípio ordenaria “*que os direitos devem ser inicialmente conferidos àqueles que provavelmente os valorizarão mais, de modo a minimizar os custos de transação*” (POSNER, 2010, p. 86). Eventuais distorções nessa distribuição seriam corrigidos pelo próprio mercado, uma vez que aqueles que porventura não fossem contemplados estariam dispostos a pagar mais por aquele direito, logo comprando-o dos atuais detentores. A questão da distribuição inicial serviria, portanto, tão somente para agilizar este processo e diminuir os custos de transação envolvidos.

Essa atribuição realizaria o princípio da maximização da riqueza por que alocaria os direitos nas mãos daqueles que mais lhe estimassem, ou seja, conferissem mais valor a tais bens. Eventuais custos de transação nas operações de alocações destes direitos seriam justificadas pelo consentimento das pessoas em sofrer certas perdas, conquanto recebam ou gozem eventualmente do bem pretendido. E esse consentimento viria da compensação *ex ante*, segundo a qual os indivíduos que sofressem perdas neste processo teriam anuído com o prejuízo, uma

vez que o gozo dos direitos em questão ofereceriam benefícios que compensariam eventuais perdas futuras (POSNER, 2012).

Com a estruturação das premissas de sua teoria, especificamente, a ojeriza à teoria moral do direito, a maximização da riqueza e o apreço por uma aproximação consequencialista aos problemas que lhe são postos, Posner propõe o uso de ferramentas tipicamente associadas à ciência econômica como meio para o exercício da atividade jurídica. Exemplos seriam a contemplação das penas do direito penal como preços para o exercício criminoso, como visualizado por Bentham séculos atrás, e a questão da atribuição de responsabilidade nos casos de acidentes de trânsito, com a proposta de responsabilização daquele que não tomou as medidas de precaução eficientes em relação ao dano causado.

Esse exercício pragmático da atividade jurisdicional encontra um terreno fértil nos chamados casos abertos, nos quais a legislação e os precedentes pouco têm a oferecer. Neste momento, segundo Posner, o juiz exerce sua discricionariedade, no papel de legislador ocasional (URSIN, 2010, p. 1280). E essa discricionariedade deveria ser exercida sem falsas pretensões ao idealismo da imparcialidade e da superioridade do julgador. Ao contrário, todas suas experiências influenciarão no ato de julgar:

Posner wrote in his 1999 book that judges thrust into “the area where the conventional sources of guidance run out ... can do no better than to rely on notions of policy, common sense, personal and professional values, and intuition and opinion, including informed or crystallized public opinion”. Such a judge is “not centrally concerned with securing consistency with past enactments”. Rather, he would “always try to do the best [he] can do for the present and future...[;]” the chief concern is “producing the best results for the future.” (URSIN, 2010, p. 1281)

Aqui brilha a proximidade de Posner com o realismo jurídico proposto por Holmes e Learned Hand, fontes das quais ele assumidamente se aproxima em sua obra.

Feitas estas considerações, percebe-se que a linha proposta por Posner, como qualquer posição extremada, fica sujeita às diversas críticas. Inclusive, alguns dos aspectos aqui trazidos foram fruto de reconsideração por sua parte, mas continuam exercendo grande influência sobre o pensamento jurídico.

Considerando o escopo do presente trabalho, é interessante trazer essa teoria para a realidade da terceirização na administração pública.

3.2 O pragmatismo como concepção de direito voltado para políticas e a desconstrução da maximização de riqueza como conceito ético

Richard Posner propõe uma teoria do Direito cujo fundamento ético é a maximização da riqueza coletiva da sociedade. Parte da premissa de que o consentimento e eficiência garantem que os recursos e direitos em uma comunidade serão melhor alocados quando estiverem nas mãos daqueles que estejam dispostos a pagar mais por tais bens. Essa alocação atingiria sua formatação ideal com o passar do tempo, desde que a maximização da riqueza seja perseguida por essa sociedade.

Pois bem. A teoria esteve submetida a constantes ataques de seus críticos nas últimas décadas, especificamente por que se propõe não apenas a ser uma teoria descritiva da atividade jurídica, que procurasse expressar como age o jurista – aspiração essa que é mais adequada à moderna análise econômica do direito (SALAMA, 2012) -, mas também a ser uma teoria normativa do Direito, que sugere como os juízes e advogados devem agir.

Este ramo normativo da teoria de Posner é justamente o maior alvo das críticas, já que se trata de um modelo incompatível com uma tese forte de direitos. Dentre estas críticas, há o questionamento: o autor, em seu esforço para se afastar do utilitarismo clássico e seus defeitos¹², tem sucesso nesse distanciamento? Tomando a teoria de Dworkin como marco teórico, a resposta parece ser não. No que toca à terceirização, parece que o pensamento pragmático desconsidera os direitos individuais ditos antieconômicos em favor do suposto bem coletivo.

Logo no início de sua obra, Dworkin faz a importante diferenciação entre princípios e políticas. Princípios seriam normas deônticas decorrentes dos ditames da justiça, da moral e da equidade. Já políticas são objetivos a serem perseguidos por determinada sociedade visando a um incremento da sua condição.

¹² Vide seção 3.1

(DWORKIN, 2010). Em capítulo posterior, a teoria da integridade do direito será desenvolvida em detalhes, mas, por hora, o que interessa são os riscos de um sistema de direito voltado para políticas traz.

Como já visto, Posner, em sua contumaz perseguição da riqueza, defende que a legislação e os precedentes são boas fontes de informações para a solução dos casos, mas nada mais que isso. O juiz não tem um compromisso com os pactos passados, mas sim com o presente e o futuro de sua sociedade. Assim, em casos difíceis, poderia afastar a incidência de normas cuja aplicação até então era incontroversa, conquanto preveja que os efeitos à comunidade maximizarão sua riqueza. É o exercício discricionário de um legislador delegado, que tem o poder de identificar direitos “*como se*” no sentido de que “*os juízes devem às vezes agir como se as pessoas tivessem direitos, porque a longo prazo esse modo de agir servirá melhor à sociedade*” (DWORKIN, 2007, p. 187).

Esta situação, entretanto, confere uma instabilidade expressiva na expectativa dos litigantes por dois motivos. Primeiro, não saberão até quando um direito há muito reconhecido continuará valendo. Segundo, haveria a criação de uma norma de eficácia retroativa, uma vez que o ato decisório consistiria em ato legislativo para abarcar uma situação pretérita. Nesta concepção, bem poderia ser possível que Posner propusesse a total desregulamentação da terceirização em favor da organização das atividades segundo a livre iniciativa. Seria interessante garantir direitos tão somente na medida em que incentivasse os trabalhadores a se submeterem a tal sistema, mas nada além disso, sob pena de ingerência desnecessária no campo econômico.

Esta situação traz a preocupação externada por Dworkin em relação aos problemas da discricionariedade dos magistrados em casos difíceis:

A segunda objeção também é persuasiva quando utilizada contra uma decisão gerada por uma política. Todos nós concordamos que é errado sacrificar os direitos de um homem inocente em nome de algum novo dever, criado depois do fato; portanto, parece errado tomar os bens de um indivíduo e dá-los a outro, apenas para melhorar a eficiência econômica global. (DWORKIN, 2010, p. 133)

Ademais, outro aspecto questionável na teoria pragmática é o afastamento de determinado direito individual em face de uma meta coletiva. O

fenômeno utilitarista do sacrifício dos pouco representados para o bem da maioria era justamente um dos aspectos mais criticados por Posner. Importante atentar que o conceito de maioria, no caso da terceirização, não necessariamente aponta uma classe mais numerosa, referindo-se principalmente àqueles controlam os meios de pressão política e econômica para a satisfação das suas pretensões.

Pois bem, parece certo que a suposta maximização de riquezas, que procura conferir mais recursos àqueles com maior capacidade de explorá-los, justifica a concentração da força de trabalho nas mãos de uns poucos empresários que, a partir da precarização das relações de trabalho, seguem aumentando seus lucros e reduzindo seus custos. É o risco que decorre da substituição de argumentos de princípio por argumentos de política para justificar certas ações. Os argumentos de política, por melhores ajustados aos objetivos sociais, sempre cotejarão as pretensões de avanço da maioria, muitas vezes em detrimento de ‘percalços’ como os direitos individuais decorrentes de argumentos de princípio. Dworkin bem exemplifica essa questão:

Se a reivindicação de uma lei contra a discriminação, por parte de uma minoria, for baseada em uma política e possa, portanto, ser suplantada por um apelo ao bem-estar geral ou à utilidade, então o argumento que menciona o mal-estar ou a contrariedade da maioria pode ser suficientemente poderoso. Contudo, se a reivindicação mencionar um direito à igualdade que deve prevalecer, exceto nos casos em que for igualada por um argumento de princípio que com ela compita, talvez o único argumento desse tipo disponível seja então, como neste caso, simplesmente fraco demais. (DWORKIN, 2010, p. 151)

Aliás, é latente que os argumentos desenvolvidos nos debates legislativos, bem como nas decisões mais paradigmáticas sobre a terceirização na administração pública apontam para a consideração de argumentos de política antepostos aos direitos individuais dos trabalhadores. É o que percebemos da transcrição de trechos das discussões e dos votos havidos no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, que versava sobre a responsabilidade da Administração Pública sobre créditos trabalhistas não adimplidos pela empresa prestadora:

Assim, a previsão legal de impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado particular não contraria o princípio da responsabilidade do

Estado, apenas disciplinando a relação entre a entidade da Administração Pública e seu contratado.

Entendimento diverso poderia levar à preocupação já externada pelo Ministro Gilmar Mendes, em artigo intitulado “Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União `seguradora universal”, ao afirmar que “por mais que se faça um pretense juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo à brasileira, no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados”.

[...]

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA – Porque esse tipo de conduta quebra a estrutura inteira da Administração Pública, que, licita, contrata, a lei diz que não assumirá outras que não as obrigações contratuais e, depois, determinam que ela assumam duas vezes: ela pagou esse contratado que contratou de maneira equivocada e ainda o empregado que o contratado particular não pagou. A licitação então não valeu de nada, e depois o povo brasileiro ainda paga a segunda vez por esse trabalhador. Quer dizer, alguma coisa está muito errada. (BRASIL, 2010, grifo nosso)

Não se olvida que fatores como o dispêndio elevado de recursos públicos e má-fé das empresas prestadoras possam eventualmente embasar o discurso judicial. Agora, considerá-los como argumentos aptos a afastar a eficácia de garantias trabalhistas, direitos fundamentais expressos no texto constitucional, em favor de uma pretensa irresponsabilidade do ente público contraria o papel da Corte Maior como protetora última da Constituição.

Entretanto, parece que este tipo de decisão é sintomática: quando o próprio Supremo Tribunal Federal utiliza argumentos de política para tratar de temas referentes a direitos individuais, sem sequer citar a dignidade do trabalhador em suas decisões, parece que a noção utilitarista do direito encontra-se, de fato, arraigada no ordenamento pátrio.

Tanto é assim que as discussões na esfera legislativa também abusam de razões de eficiência e de especialização para justificar a terceirização no Brasil. É o que se observa do PL 4330/2004, de autoria do Deputado Sandro Mabel, cujas discussões apenas tangenciam os direitos dos trabalhadores, mas dão amplo espaço a conceitos como flexibilização, lucratividade e (ir)responsabilidade do tomador de serviços. Vejamos alguns trechos do parecer dado pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados:

Um dos objetivos principais da legislação sobre contratos na economia é o de reduzir custos de transação entre os agentes.

[...]

Entendemos que tal proposição [o PL 4330/2004] dá um grande passo no sentido de ao menos reduzir fortemente os custos de transação desse tipo de contrato, o que se insere de forma muito oportuna na agenda de reformas microeconômicas do País.

[...]

Em suma, a alternativa da subcontratação constitui arranjo eficiente que pode trazer significativas vantagens para todas as partes envolvidas.

[...]

A terceirização é uma realidade. Responde às demandas da nova economia e promove ganhos inequívocos para ambas as partes, empresários e trabalhadores, quando estabelecida de comum acordo.

[...]

Mais do que isso, bloquear a intermediação de empresas interpostas implica impedir que tais arranjos cumpram sua tarefa primordial, que é a de reduzir os custos de transação no mercado de trabalho brasileiro, comprometendo a competitividade. (BRASIL, 2004)

Assim, observa-se que argumentos de política, como a melhora nos índices de desemprego, maior estímulo à atividade empresária e incremento da eficiência têm sido predominantes em debates que não consideram com seriedade os direitos individuais dos trabalhadores.

Aliás, quanto a este mandamento de eficiência das atividades prestadas, expressamente atribuído ao serviço público pelo art. 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), cabe uma digressão sobre a sua verdadeira natureza. Não obstante expressamente taxado de princípio pela própria Constituição Federal, parece que o padrão da eficiência – bem como todos os dele decorrentes, tais quais a descentralização das atividades e a redução de custos -, possui, segundo a teoria de Dworkin, estrutura mais assemelhada a um argumento de política, no sentido de que imputa à Administração um objetivo de melhora em termos econômicos. Assim, não devem ser usados como argumentos determinantes em discussões sobre direitos individuais, como é o escopo do presente trabalho.

Passadas estas perplexidades acerca do uso de argumentos de política econômica para sustentar a terceirização, é importante prosseguir na desconstrução do argumento pragmatista.

Posner compreende o papel eventualmente contra majoritário da legislação e dos direitos constitucionais, mas em seguida se retrata: *“como eu disse quando discuti o caso Romer, a opinião pública não deixa de ter certa relação com a tarefa de decidir se determinado direito constitucional existe ou não.”* (POSNER, 2012, p. 395). Ou seja, ergue em um primeiro momento uma barreira eficiente para

que os direitos individuais não sejam solapados, mas em seguida a derruba ante argumentos de maioria e de opinião pública. Fica clara, neste aspecto, a posição conservadora do economista.

A crítica de Habermas a Alexy, explicitada na seção 1.2, bem se encaixaria em relação ao economista norte-americano. A análise econômica, em sua proposta normativa, esvazia o caráter deontológico dos direitos individuais, uma vez que a partir do momento em que é possível afastá-los em favor de objetivos sociais, não há qualquer limite lógico para a força desses argumentos de política. Porém, considerando que Posner sequer cogita de uma tese forte dos direitos segundo argumentos de princípio, tratando-os como meras informações a serem consideradas em decisões econométricas, seria no mínimo incongruente cobrar do autor um respeito aos conceitos de proibição, mandamento, direitos e deveres. As garantias trabalhistas, seriam, em última instância, custos a serem contabilizados na busca pela maximização da riqueza.

Ademais, ainda que se esposasse a tese de que retirar a normatividade de um direito individual dependeria de uma forte certeza sobre os efeitos daquela decisão sobre a sociedade, vale mais uma crítica à abordagem econômica do Direito, independente dos seus méritos filosóficos, no que tange aos limites da própria economia enquanto ciência aplicada a fenômenos não mercadológicos:

A quarta crítica diz respeito à operabilidade do critério de maximização da riqueza: se a ciência econômica não consegue sequer prever com grande sucesso o funcionamento dos mercados explícitos, então é de se esperar que fora deles seu resultado seja ainda pior. Afinal, nos mercados implícitos, os preços sequer são postos; são pressupostos. (SALAMA, 2012, p. 474)

Em suma, Posner não só não leva a sério os direitos individuais como também parece confiar demais nos mercados hipotéticos para pautar suas razões.

Em outro aspecto problemático de sua teoria, o economista traz a maximização de riqueza como o fundamento ético de todo o sistema que construiu. A legislação existiria para regular situações nas quais o mercado não agiria como esperado, dados os custos de transação; os juízes decidiriam, ainda que de forma íntima, segundo os ditames da economia e da eficiência; e o próprio *telos* da sociedade capitalista seria se tornar mais rica e próspera. Fica claro que a

maximização de riqueza é conceito essencial que permeia toda a teoria econômica do direito. E justamente por isso, uma vez demonstrada a impropriedade dessa busca insaciável pela prosperidade, toda a estrutura restará abalada.

Inicialmente, faz-se importante atentar para o aspecto da distribuição inicial de direitos que Posner toma como apenas uma questão de redução de custos de transação no caminho da maximização de riqueza da sociedade.

O autor afirma que uma distribuição inicial de direitos pouco impactaria na alocação final destes bens, pois aqueles que mais valorizassem tais direitos gastariam mais recursos para obtê-los, alcançado, portanto, uma riqueza máxima dentro daquela sociedade. Todavia, este processo, que parece tão simples, não parece se adequar à realidade brasileira.

Posner parece ignorar que as pessoas atribuem valores diferentes quando têm ou não aqueles bens. Em um paralelo com o exemplo construído por Dworkin (DWORKIN, 1980), propõe-se o seguinte cenário: alguém ganha em uma rifa de R\$ 10,00 um ingresso para as finais da Copa do Mundo. Dada singularidade deste evento, interessados oferecem R\$ 100,00 para comprar o ingresso, o dobro do preço anunciado pelas instituições oficiais. A pessoa poderia inicialmente nem estar interessada em assistir ao jogo, ou seja, não pagaria nem R\$ 50,00 por esse direito, mas, uma vez com o ingresso em mãos, empolga-se e entende que o ingresso vale mais do que o valor que lhe é oferecido. Este fenômeno com certeza não inviabiliza por completo a possibilidade de comparação de riqueza em certos casos, mas sem dúvida já evidencia a indeterminação da riqueza gerada, ainda que a partir de distribuições iniciais de direitos similares.

Outro aspecto pertinente a esta distribuição de direitos é que Posner parece ter uma confiança excessiva na capacidade do mercado de bem alocar seus recursos. Pressupõe que cada um que porventura não tenha sido contemplado pelo direito que mais estima necessariamente teria a capacidade de comprá-lo eventualmente. É uma fé quase inabalável na distribuição justa de renda pela mão invisível do mercado. Ignora, entretanto, a situação de pessoas que, por sua condição econômica e social, não conseguem realizar suas pretensões a determinados direitos. Para Posner, isso significaria tão somente que estas pessoas,

na realidade, não seriam aquelas que mais estimavam tais bens, sendo certo que a riqueza permanecerá maximizada enquanto estes direitos continuem nas mãos daqueles que por eles mais paguem.

Em relação à terceirização, é notório que os contratos de prestação de serviço são, não raras vezes, verdadeiras intermediações de mão-de-obra, nos quais a empresa não negocia serviços, mas sim os próprios trabalhadores. Este fenômeno, odiável dentro da estrutura do direito laboral – vide inciso I da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho¹³ -, parece indicar que, em meio às transações maximizadoras da riqueza, a força de trabalho dos prestadores restou atribuída aos empresários, que agora mantêm os trabalhadores sob seu desígnio. Poderiam até afirmar que os obreiros têm a plena liberdade para se manter ou não sobre este regime, mas as palavras de Marcos Túlio Viana não deixam dúvidas quanto a essa falácia:

É verdade que o trabalhador pode aceitar ou não ser negociado. Em teoria, o mercador de homens lida com homens livres. Mas como a liberdade é condicionada pela necessidade, talvez não haja tanta diferença entre esse mesmo mercador de hoje e o traficante de dois séculos atrás, que em cima de caixotes, no cais do porto, exibia os dentes e os músculos dos escravos aos eventuais compradores. (VIANA, 2004, p. 329)

Posner defende que, dado que os detentores naturais de um direito são aqueles que mais o estimam – no caso, os trabalhadores seriam os detentores naturais de sua própria força de trabalho -, o labor eventualmente possibilitaria que esses empregados juntassem recursos e atingissem sua emancipação, retomando seu direito natural. Entretanto, o autor ignora que em um cenário de alta concentração de renda, como o Brasil, a mais valia gerada pelo trabalho prestado é revertida para o empresário com pouco ou nenhum repasse ao trabalhador. Assim, este ciclo de precarização sempre se manterá, já que o trabalhador não conseguirá juntar os recursos necessários para obter seu direito. Este é justamente um aspecto trazido por Dworkin:

¹³ Súmula 331, inciso I do TST: A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário.

We must remind ourselves that willingness to purchase these rights supposes ability to purchase them – the ability to pay what those who have the rights would ask in the market. It may be – indeed it would be for most people today – impossible to repurchase the right to their labor, because the value of that labor represents more than half of their present wealth. [...] Posner is very strict about how economic analysis must understand the verb “to value”. Someone values something more than someone else [...] only if he is willing (and able) to pay more for it. If [...] the natural owner is unable to pay what the owner of right would take, then he does not value it more. So let us assume that the “inherent difficulties” can be overcome so that someone who has lost the right to his labor can borrow against the discounted value of his future labor. Will he thereby gain enough capital so that we can be confident that he will be able to purchase the right to his labor back from someone else? Almost certainly not, because the monetary value of his future labor is unlikely to be worth more to him, for this purpose, than it is to someone else. (DWORKIN, 1980, p. 209)

Por fim, parece interessante atentar para o caráter tautológico de uma distribuição inicial de direitos segundo a maximização de riqueza. Ora, só é possível saber se alguém é o detentor natural de um direito se fosse ele quem estivesse disposto a pagar mais por este bem. Não apenas disposto, mas capaz de pagar. Entretanto, a capacidade de pagamento depende, antes de tudo, de quanto a pessoa teria em seu patrimônio, o que dependeria de uma atribuição anterior de direitos. Tem-se, portanto, uma justificação cíclica. Nas palavras de Dworkin, “*We cannot specify an initial assignment of rights unless we answer questions that cannot be answered unless an initial assignment of rights is specified.*”. (DWORKIN, 1980, p. 208).

Essa circularidade permite a conclusão de que a distribuição inicial de direitos, não apenas tem forte impacto sobre a alocação final desses bens, ao contrário do que prega Posner, mas também de que dificilmente satisfaria o conceito ético de maximização de riqueza em sua origem, ou seja, de atribuir direitos àqueles que estivessem dispostos a pagar mais por eles, no caso, os trabalhadores em relação à sua força de trabalho.

Agora, parece interessante avançar na questão central da teoria de Posner: se a riqueza, de fato, deve ser o objetivo político máximo de determinada sociedade.

Para Posner, o princípio da maximização da riqueza tem vários aspectos positivos que justificam sua tomada como fundamento ético da teoria econômica do direito: “*a riqueza é positivamente vinculada, ainda que de forma*

imperfeita, à utilidade [no sentido de felicidade]”, “o princípio da maximização da riqueza incentiva e gratifica as tradicionais virtudes e habilidades ‘calvinistas, ou protestantes associadas ao progresso econômico” e a maximização de riqueza “fornece bases mais sólidas para uma teoria da justiça distributiva e corretiva” (POSNER, 2010, p. 79 e ss).

Dworkin, de forma objetiva, reduz a hipótese da maximização de riqueza como uma meta digna de ser buscada a três teses: o aumento da riqueza seria um componente de valor em si mesmo, ou seja, permite a melhora da sociedade de forma direta; a riqueza não seria um valor em si mesmo, mas sim um componente de caráter instrumental, que eventualmente irá trazer melhoras aos valores daquela comunidade – felicidade, equidade e justiça, por exemplo -; e, por fim, a tese de que a maximização de riqueza não seria nem um valor em si mesmo nem um componente instrumental, mas tão somente um falso alvo que, uma vez perseguido, poderia trazer melhoras em outros valores que apresentam dificuldades para serem perseguidos de forma direta (DWORKIN, 1980, p. 195). A terceira tese é bastante próxima da segunda, diferenciando-se, entretanto, no que toca à impossibilidade de busca direta pela melhora em outros valores. Suas críticas, todavia, comunicam-se.

A primeira tese, da riqueza como um componente de valor digno de ser perseguido por si mesmo, depende, em última instância, de que uma sociedade mais rica seja necessariamente melhor – ou apta para tanto – em relação a uma sociedade mais pobre. Retornando à temática do presente trabalho, a terceirização, tomando a administração pública como um corpo social em si, poderia trazer uma maximização da sua riqueza na medida em que reduz os seus custos operacionais e disponibiliza mais recursos para que pague mais por bens mais estimados – computadores, magistrados, imóveis.

Cabe questionar, entretanto, se todos os interesses em jogo estão sendo considerados. Ora, os servidores podem ficar desgostosos em relação aos terceirizados por terem suas vagas tomadas pelos prestadores de serviço. Os gestores da Administração veem a eficiência do serviço prestado cair, consequência do ingresso de mão-de-obra precarizada e, em geral, pouco instruída. Os próprios

terceirizados, vítimas maiores desse processo, encontram-se constantemente em situações periclitantes, como acidentes de trabalho, assédio moral e despedidas arbitrárias. Mais, sofrem com a destruição do sentimento de classe, degradação de condições de higiene e redução dos valores salariais (VIANA, 1996). Como precificar essas questões dentro da suposta riqueza acrescida ou perdida? Parece que ainda que se siga a proposta do economista de buscar essas respostas em mercados hipotéticos, conformados a partir do intelecto econômico do jurista e de suas experiências, dificilmente haveria sucesso nesta empreitada de atribuir valor a um patrimônio imaterial do trabalhador, tal como a sua dignidade.

Posner apresenta pistas de que talvez compreenda as limitações dessa tese quando diz que “*a ambiguidade da relação entre riqueza e felicidade é também confirmada pelo fato de que os habitantes de países ricos não parecem mais felizes que os de países pobres...*” (POSNER, 2010, p. 77), mas como deliberadamente separou sua maximização de riqueza do fenômeno utilitário da maximização da felicidade, ainda poderia, *a priori*, encaixar-se na tese da maximização da riqueza como um valor digno de ser buscado por si mesmo.

Porém, é evidente que uma teoria que não considera preferências relevantes – no sentido que o próprio Posner afirma serem pertinentes ao pragmatismo - ¹⁴ para o trabalhador, tais quais a igualdade de tratamento, higiene no trabalho e a felicidade e emancipação por meio do labor, não pode ser levada a sério. Ao atender às suas intenções de excluir de sua teoria quaisquer insumos morais, Posner deixa de reconhecer direitos cuja instituição decorreu, em última instância, de argumentos de princípio em favor do trabalhador hipossuficiente. A riqueza enquanto valor por si mesma perde plausibilidade por não permitir a consecução desses direitos:

Once social wealth is divorced from utility, at least, it loses all plausibility as a component of value. It loses even the spurious appeal given to utilitarianism by the personification of society. [...] Money or its equivalent is useful so far as it enables someone to lead a more valuable, successful, happier, or more moral life. Anyone who counts it for more than that is a fetishist of little green paper. (POSNER, 1980, p. 201)

14 Ver seção 2.1

A segunda e a terceira teses dizem respeito a um caráter instrumental da maximização de riqueza na realização de outros valores adotados por determinada sociedade, como, por exemplo, justiça, equidade e felicidade. O argumento é de que um incremento na riqueza traz consigo uma melhora em outros aspectos sociais, justificando a perseguição deste princípio econômico pelos juristas.

Inicialmente, faz-se importante afastar da presente discussão a chamada instrumentalidade fraca da maximização de riqueza. Isso por que, segundo tal tese, a maximização seria interessante na medida em que poderia, de forma eventual, trazer melhores resultados para os demais valores sociais. Rejeita-se essa perspectiva porque, de fato, algumas vezes o aumento na riqueza traz uma melhora em outros aspectos da comunidade. Isso é inconteste e não faria da teoria econômica uma perspectiva diferenciada de direito. Ademais, se a maximização de riqueza visa a melhorar valores sociais indeterminados *a priori*, não seria a riqueza a ser maximizada, mas sim o valor presente em cada caso concreto (DWORKIN, 1980, p. 206).

A tese forte da instrumentalidade, todavia, já oferece uma teoria mais elaborada, a partir do momento em que exige a especificação do valor a ser elevado. Posner parece inclusive se apegar a um grupo bem definido de valores quando diz que a maximização da riqueza, em geral, está vinculada à felicidade, ou que a riqueza incentiva as pessoas a criarem benefícios para as demais, ou, ainda, que a maximização da riqueza estimula nos cidadãos características desejadas em uma sociedade, tais como as virtudes protestantes e a ética do trabalho.

A relação entre riqueza e utilidade, aqui tomada como felicidade, parece ser antes uma noção intuitiva do que algo evidente. A afirmação de que uma comunidade seria potencialmente mais feliz se fosse mais rica pressupõe que os seus membros tenham uma consciência mais ou menos homogênea de que a riqueza é boa, ou melhor, de que a busca pela riqueza é o melhor caminho para a felicidade. Nas palavras de Bruno Salama, enquanto descrevia as principais críticas ao pragmatismo, "*a maximização de riqueza trata as pessoas como se fossem células de um único organismo; o bem estar da célula é importante apenas na*

medida em que promova o bem estar de todo o organismo” (SALAMA, 2012. p. 473).

No setor público, seria como pensar que todos os interessados - servidores, gestores, magistrados, prestadores de serviço, empresários, usuários, contribuintes – concordariam que seriam mais felizes se o setor público cortasse gastos e fosse, portanto, mais rico. Aliás, essa é a característica marcante dos utilitaristas, a pressuposição de que os indivíduos são homogêneos a ponto de serem compreendidos como uma grande massa de interesses e pretensões uniformes. Ocorre que, como já visto, ao passo que os gestores e empresários podem ter um incremento em sua utilidade por meio da terceirização, é igualmente palpável que as demais categorias se oponham com veemência a este tipo de prática. Trata-se de uma amálgama de interesses confusos e conflitantes. A verdade é que a maximização de riqueza, enquanto instrumento, só contempla as pretensões eminentemente econômicas de um grupo que, de uma forma ou de outra, faz seus interesses ressoarem de forma mais retumbante nas esferas decisórias. Novamente atinge-se o problema do sacrifício dos desprovidos para a vitória dos abastados.

No que toca à afirmação de que, quando alguém cria riqueza beneficia todos os demais ao seu redor, uma vez que ninguém é capaz de absorver integralmente os frutos do seu trabalho, também parece se tratar de uma noção eminentemente intuitiva. Exemplo deste tipo de situação é a argumentação de alguns defensores da terceirização de que as empresas prestadoras de serviço geram impostos expressivos e garantem emprego a uma camada social que por vezes tem dificuldade de ingresso no mercado de trabalho formal.

De fato, partes consideráveis do excedente criado não são absorvidas por essas empresas. Mas cabe o questionamento: se o valor almejado é o altruísmo e a melhora do próximo, por que não adotar um sistema que estimule diretamente estas atitudes? Por que se prender a um processo cuja melhora do próximo depende do resíduo da atividade de produção de riqueza? Do ponto de vista estritamente econométrico, não há como responder essa questão. Entretanto, ao se considerar a dimensão moral dessas atitudes humanas, percebe-se que o ato diretamente voltado à melhora do próximo é moralmente mais justificável do que o

ato de uma força invisível de redistribuir o resíduo produtivo de alguém que só quis se beneficiar de sua atividade (DWORKIN, 1980).

Ademais, quanto mais sagaz for a empresa prestadora de serviços em seu ramo, mais conseguirá explorar sua atividade – mercancia de mão-de-obra – e mais conseguirá absorver para si os benefícios dela advindos, reduzindo, em certa medida, a eficiência da maximização de riqueza como instrumento para esse fim:

*The better someone is at personal wealth maximization – the more he displays the skills and talents to be rewarded in the system – the less his acts will benefit other, because the more of the surplus will be able to retain from each transaction or enterprise. Any benefit to others comes from the invisible hand, not good will. **It cannot be the intrinsic value of wealth-producing acts that recommends wealth maximization.** (DWORKIN, 1980, p. 212. Grifo nosso.)*

Por fim, em relação à possibilidade de a maximização de riqueza cultivar certas características que seriam desejáveis naquela comunidade, salta aos olhos que Posner faz um juízo de valor claro em favor das típicas qualidades capitalistas, ignorando os valores que um sistema mais voltado ao altruísmo e à dignidade humana poderia trazer.

Conclui-se destas objeções que a tese instrumental proposta pela *Law and Economics* necessariamente passará pela internalização de razões extrajurídicas que eventualmente afastam a incidência de normas jurídicas. Nas palavras de Dworkin:

O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a ideia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade. (DWORKIN, 2007, p. 272)

Assim, afastada a tese instrumental da maximização de riqueza, resta abalado o conceito ético balizador do pragmatismo jurídico, fragilizando a pedra fundamental desta teoria.

Posner sofreu fortes críticas pelas posições que defendeu, dentre as quais as principais foram aqui ilustradas. A verdade é que a teoria defendida pelo autor norte-americano é, antes de tudo, uma opção. Uma opção por uma sociedade

capitalista, de cunho relativamente conservador e na qual a marcha econômica dita o andar da comunidade, ainda que alguns necessariamente tenham que ser deixados para trás. A função do direito seria unicamente azeitar as engrenagens do mercado para que seus tão propalados mecanismos da mão invisível e da alocação eficiente de recursos funcionem a contento. A busca deste bem maior demonstra que o pragmatismo é, como já dito, apenas uma versão refinada do utilitarismo clássico.

Por óbvio que o escopo do presente trabalho, qual seja, propor a consideração efetiva dos direitos dos terceirizados, enquanto padrões cogentes e deontológicos, não se coaduna com a visão apresentada por Posner. A proposta é justamente demonstrar que não se pode desprestigiar desta forma os direitos trabalhistas, sob pena de causar um verdadeiro retrocesso em todas as conquistas laborais consolidadas nas últimas décadas. A terceirização, não obstante justificada por razões econômicas – ainda que grande parte dessas razões tenha sido desconstruída neste capítulo -, traz consigo uma série de efeitos deletérios que não podem ser simplesmente ignorados na consideração de sua legalidade. Ao contrário, deveriam pesar contra essa prática, mas, por motivos de política, não o fazem.

Vale atentar, no desfecho deste capítulo, para as palavras de Dworkin, que, evidenciando as tensões existentes dentro da sociedade, reconhece que “*a maioria não pode viajar tão rápido ou para tão longe quanto gostaria caso reconheça os direitos dos indivíduos a fazer aquilo que, nos termos da maioria, é errado fazer*” (DWORKIN, 2010, p. 313). Mas esse é justamente o preço pago por levar os direitos a sério.

4 A INTEGRIDADE DO DIREITO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA UMA COMPREENSÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO

O Direito como completude, teoria desenvolvida a partir da década de 1970 por Ronald Dworkin, é a última vertente analisada no presente trabalho. Proposta expressamente como anteposição à teoria convencional positivista do Direito, personificada na obra de H. L. A. Hart (DWORKIN, 2010, p. 35), e ao profissionalismo pragmático do qual Richard Posner é expoente (DWORKIN, 2010, 2007), a integridade do Direito se propõe a tratar a atividade político-judicial em toda sua complexidade, sem olvidar jamais das perplexidades que esta teoria, ainda que bem aplicada, pode gerar no seio da discussão jurídica.

O enfrentamento por parte de Dworkin das estruturas de pensamento apresentadas neste trabalho, o balanceamento e o pragmatismo, concepções tão difundidas no pensamento dos juristas, parte de uma premissa básica: estas teorias não levam os direitos a sério. Pelo contrário, esvaziam o conteúdo destas normas em face de uma valoração pretensamente racional dos princípios jurídicos e da busca pelo bem maior da coletividade, respectivamente. Já se explicitou, nos capítulos 2 e 3, os possíveis efeitos dessas operações sobre os direitos do trabalhadores prestadores de serviço.

Assim, afastando-se diametralmente dessas concepções do raciocínio jurídico, Dworkin desenvolve o conceito de Direito como uma integridade de princípios adotados pela sociedade, apreendidos a partir da análise minuciosa das opções políticas e morais tomadas por esta comunidade enquanto um ente personificado. Essa é a análise de Habermas sobre esta teoria:

Ronald Dworkin's theory of law can be seen as an attempt to avoid the deficits of the realist, positivist, and hermeneutical solutions. Specifically, Dworkin turns to a deontological concept of rights to explain how judicial decision making simultaneously satisfy the requirements of legal certainty and rational acceptability. (HABERMAS, 1996, p. 203)

Em nenhum momento Dworkin afirma que sua teoria ofereça soluções fáceis e incontroversas a eventuais casos difíceis. Em verdade, sua grande diferença em relação às demais correntes é justamente o reconhecimento das perplexidades que a proposta traz para atividade jurídica. Não há atalhos ou

ferramentas mágicas, mas sim o esforço de um juiz comprometido com a coesão e a eficácia dos elementos mais tenros à ordem jurídica: os direitos subjetivos.

O autor também se recusa a se apoiar nas muletas da discricionariedade e afirma categoricamente: cada caso tem apenas uma resposta correta. Caso admita-se mais de uma solução para o mesmo caso, não houve um desenvolvimento correto da atividade jurisdicional, o que é diferente de não haver consenso sobre qual é a resposta correta perseguida.

Com essas características em mente, cabem os questionamentos: se comparado às demais concepções apresentadas, o Direito como integridade tem algo a mais a oferecer à questão da terceirização na Administração Pública? Os prestadores de serviços têm seus direitos levados a sério? O Congresso Nacional, ao avançar na regulamentação da terceirização, satisfaz os anseios de integridade que o ordenamento exige? Já de antemão, antecipa-se que estas perguntas parecem ter todas a mesma resposta: não. Entretanto, o caminho para esta conclusão deve ser detalhado, sob pena de não haver compreensão do verdadeiro significado de levar os direitos a sério.

4.1 A teoria de Ronald Dworkin

Como visto, a integridade do Direito se opõe ao balanceamento e ao pragmatismo desenvolvidos nos capítulos 2 e 3, respectivamente. Para tanto, Dworkin também parte de distinção entre regras e princípios em sentido lato, de forma similar a Alexy, porém com resultados e proposições muito distantes daquelas do autor alemão, conforme exposto adiante.

A primeira diferença é que, ao contrário de Alexy, que declara ser morfológica a diferença entre regras e princípios, o autor norte-americano defende ser tal diferença de cunho lógico-argumentativo, no sentido de que, em que pesem apontarem “*para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, [...] distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem*” (DWORKIN, 2010, p. 39). Princípios não demonstram quais seriam as condições fáticas e jurídicas necessárias para sua aplicação, mas forneceria razões em determinado sentido para uma decisão particular, ao passo que regras

são específicas quanto às condições e aos limites de sua utilização no caso concreto.

Outro ponto de divergência identificado entre a teoria dos princípios de Dworkin e de Alexy é que, ao passo que este último os considera como mandamentos de otimização a serem aplicados segundo uma gradação valorativa, o primeiro concebe os princípios como padrões que não podem ter sua normatividade reduzida em face de outros padrões da mesma categoria. Há uma consideração séria pelo caráter deontológico destas normas. Essa diferença é compreendida por Habermas: “[c]ontrary to what legal methodologies tend to suggest when they refer to ‘weighing values’, principles must not be understood as optimizing prescriptions, because that would eradicate their deontological character” (HABERMAS, 1996, 208). Da anteposição de princípios que apontem em direções diferentes decorre tão somente que alguns deles não são adequados à solução do caso, ao passo que outros o são, não obstante todos tenham sido considerados na fase de argumentação para a formação do convencimento do magistrado para chegar a tal decisão. Ou seja, dá-se ao caso concreto a solução apontada pelas razões tomadas dos princípios pertinentes, dos quais uns poucos são considerados adequados.

Aliás, aqui jaz outro ponto de aparente congruência entre os dois autores, mas que em realidade demonstra a significativa diferença entre o tratamento concedido por cada um aos princípios: essas normas possuem um caráter de aplicação *prima facie* ao caso concreto. Entretanto, Alexy entende que, em uma situação de conflito, as normas de princípio cedem umas às outras até um suposto ponto ótimo de realização, ao passo que Dworkin concebe que não se trata de o princípio de menor peso ceder, mas, antes, de não ser adequado para a resolução daquele caso. Habermas explica bem essa afirmação:

Because such norms [principles] are only prima facie candidates for application, one must first enter a discourse of application to test whether they apply to a given situation (whose details could not have been anticipated in the justification process) or whether their validity notwithstanding, they must give way to another norm, namely, the ‘appropriate’ one. Only if a valid norm proves to be the single appropriate one in the case at hand does that norm ground a singular judgment that can claim to be right. That a norm is prima facie valid means merely that it has been impartially justified; only its impartial application leads to a valid decision about a case. The validity of the general norm does not yet guarantee justice in the individual case. (HABERMAS, 1996, 217)

A diferença maior, entretanto, ocorre quando Dworkin divide os princípios em categorias menores: princípios em sentido estrito e políticas. As palavras do autor são as melhores para apreender estes conceitos tão fundamentais à sua teoria:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. [...] Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2010, p. 36)

Essa distinção é essencial ao ataque às demais concepções de direito, especificamente no que toca ao pragmatismo de Posner, uma vez que demonstra que o economista estrutura sua teoria de forma a apontá-la à consecução de políticas voltadas para fins econômicos, não construindo seu sistema jurídico sobre princípios intersubjetivamente acordados ao longo de uma história institucional, como preceitua Dworkin. Isso retiraria o caráter dos direitos individuais como trunfos contra pretensões coletivas impulsionadas por uma maioria instrumentalizada (DWORKIN, 2010).

Entretanto, a crítica mais profícua e que inclusive permite o avanço da teoria do Direito como completeza é aquela lançada sobre a discricionariedade do juiz na concepção positivista de direito para decidir casos difíceis. Conforme explicitado no capítulo 3 supra, Dworkin enxerga que a possibilidade de influência do magistrado por razões de política traz riscos graves a esta atividade discricionária¹⁵, o que lhe faz, portanto, rejeitar tal tese. Não é necessário, nem aconselhável, criar *post facto* um direito e aplicá-lo retroativamente a um caso difícil, como tendem a fazer os positivistas e pragmatistas. Ao contrário, é obrigatória a apreensão, a partir dos acordos morais e históricos de uma determinada sociedade (DWORKIN, 2007), de quais são os princípios e direitos que permeiam aquela comunidade, devendo sua interpretação se dar de forma a garantir o melhor ordenamento possível segundo os critérios de justiça, equidade e devido processo legal.

¹⁵ Posner expressamente adota a tese da discricionariedade do juiz quando faltarem-lhe as normas positivadas e os juízos dos precedentes.

Aliás, é interessante conceituar o que Dworkin entende por equidade, justiça e devido processo legal, de forma a compreender estes critérios qualificadores do discurso jurídico:

Em política, a equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos – métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões insensíveis ao eleitorado – que distribuem o poder político da maneira adequada. Em termos gerais, isso atualmente remete [...] a procedimentos e práticas que atribuem a todos os cidadãos mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam.

A justiça, pelo contrário, se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenha ou não sido escolhidas com equidade. Se aceitamos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável. O devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretor para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos. (DWORKIN, 2007, p. 200)

Conceituados tais critérios, interessa agora compreender a concepção adotada por Dworkin de integridade política, da qual a integridade legislativa e a integridade do direito são espécies:

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios da justiça e equidade corretos. (DWORKIN, 2007, p. 202)

Percebe-se, portanto, que a integridade supera um pleito simples de coerência com decisões políticas anteriores, como poderiam pretender alguns convencionalistas, para exercer um papel substancial de garantia da observância dos princípios já adotados naquela comunidade por todos os seus integrantes. Não se trata de busca pelas intenções originais dos legisladores e julgadores pretéritos, mas, antes, de conformação daquela prática segundo a melhor ótica possível:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram), em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. (DWORKIN, 2007, p. 274)

Se determinado princípio gerar um dever em um caso concreto, este mesmo padrão deve informar a decisão do juízo em relação a outro caso no qual o mesmo princípio seja pertinente. Ignorar algum desses padrões jurídicos quando da formação de sua convicção atrairia questionamentos da comunidade sobre aquele juiz, dada sua omissão (DWORKIN, 2007).

Dessa forma, o exercício da atividade jurisdicional seria uma constante reinterpretção dos precedentes e da legislação de uma sociedade, de forma a deles extrair todas as razões de valor ao deslinde do caso difícil. “*O direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso.*” (DWORKIN, 2007, p. 273) Se sequer uma dessas razões enquanto princípios não for cotejada, o ato de decidir já seria, em maior ou menor grau, viciado.

Assim, parece que o direito como integridade garante a satisfação das necessidades de segurança jurídica e de legitimidade pela argumentação racional que devem ser garantidos por um direito vigente na concepção de Habermas:

On the one hand, the principle of legal certainty demands decisions that can be consistently rendered within the framework of the existing legal order. An existing law is the product of an opaque web of past decisions by the legislature and the judiciary, and it can include traditions of customary law as well. This institutional history of law forms the background of every present day practice of decision making. The positivity of law also reflects the contingencies of this original context of emergence. On the other hand, the claim to legitimacy requires decisions that are not only consistent with the treatment of similar cases in the past and in accord with the existing legal system. They are also supposed to be rationally grounded in the matter at issue so that all participants can accept them as rational decisions. Judges decide actual cases within the horizon of a present future, and their opinions claim validity in the light of rules and principles that here and now accepted as legitimate. (HABERMAS, 1996, p. 198-199)

Por óbvio que esta teoria propõe ao jurista uma atividade colossal de identificação e interpretação de incontáveis padrões jurídicos complexos. Tanto é assim que Dworkin propõe duas metáforas que delineiam as expectativas do autor em relação à atividade jurisdicional: o juiz Hércules e o desenvolvimento do Direito como um romance em cadeia escrito por diversos autores.

O juiz Hércules seria alguém dotado de recursos ilimitados, capacidade sobre-humana e tempo infinito para se debruçar sobre os casos difíceis que lhe são

apresentados (DWORKIN, 2010, p. 165). Com estas bênçãos, este juiz filósofo conheceria absolutamente todos os princípios extraídos dos precedentes, da Constituição e da legislação, os quais, em última instância, demonstrariam as opções e os acordos daquela sociedade sobre seus próprios direitos. Seria uma compreensão abrangente de todo o pano de fundo do ordenamento jurídico (HABERMAS, 1996). Nenhum padrão sequer passa despercebido deste juiz, decorrendo daí seu caráter quase onisciente. Importante ressaltar, entretanto, que a associação à figura mitológica grega, antes de se relacionar a tais dons, aponta para a difícil tarefa de tomar o ordenamento jurídico como um todo e garantir a sua integridade política.

Permitindo uma aproximação entre Hércules e o jurista de carne e osso, Habermas reconhece que, não obstante a grandeza da ação a que se propõe, os juízes teriam seu esforço atenuando pela existência dos paradigmas legais, que seriam, em resumo, a formatação padrão que a argumentação sobre certas normas de princípio assume em relação aos casos concretos mais recorrentes (HABERMAS, 1996, p. 220). Seria como partir de um posto avançado ao invés de correr toda a maratona. O juiz, ao invés de considerar todos os princípios pertinentes e refazer todas as resoluções dos conflitos entre estas normas no caso concreto, poderia observar a resposta já sacramentada pela experiência jurídica anterior, que também considerou o direito como integridade em todas suas implicações, e a partir dela já saber qual o resultado que a argumentação em curso tomará naquele caso. Por óbvio que Hércules não poderia ser um mero repetidor de entendimentos anteriores, mas, uma vez percebendo que a experiência pretérita foi feita de forma correta, nada impede que tome os paradigmas, enquanto descrições generalizadoras de situações de determinado tipo, como auxiliares em sua já difícil atividade.

Dotado de tamanhas virtudes, Hércules então promoveria sua função jurisdicional de forma análoga àquela de um escritor responsável por escrever mais um capítulo em um romance em cadeia desenvolvido por tanto outros autores antes dele. O escritor teria um compromisso de, a partir dos fragmentos e dos capítulos anteriores, interpretá-los da melhor maneira possível e escrever um novo capítulo de forma coerente aos aspectos mais essenciais da história anterior, prosseguindo na prosa coletiva. *“Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de*

um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.” (DWORKIN, 2007, p. 276).

Trazendo a metáfora para o campo do Direito, Hércules deveria interpretar os princípios abstraídos das decisões anteriores e das normas positivadas de forma a garantir a melhor interpretação possível de tais mandamentos, tendo o compromisso social de emitir suas decisões de forma a garantir a congruência exigida pela integridade, ainda que, eventualmente, exija-se do juiz emitir decisões que tratem de princípios sobre os quais a comunidade ainda esteja dividida. Para tanto, Dworkin propõe que a interpretação concedida deve atender a duas dimensões para ser aceitável nessa construção em cadeia:

A primeira é a que até aqui chamamos de dimensão da adequação. Ele [o intérprete] não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor que se põe a escrever um romance com as diferentes leituras de personagem, trama, tema e objetivo que essa interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue. [...] a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto, uma trama secundária tratada como se tivesse grande importância dramática, ou uma metáfora dominante ou recorrente. (DWORKIN, 2007, p. 277)

Ele [o interprete] pode achar que nenhuma interpretação isolada se ajusta ao conjunto do texto, mas que mais de uma o faz. A segunda dimensão da interpretação vai exigir-lhe então que julgue qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão. A esta altura, entram em jogo seus juízos estéticos mais profundos sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes ideias que se poderia esperar que o romance expressasse. (DWORKIN, 2007, p. 278)

A melhor interpretação ora pretendida é dada pela interpretação construtiva, segundo a qual deve-se *“impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam.”* (DWORKIN, 2007, p. 64). Aspecto importante é que não se ignora a interação entre o objeto e o interprete, que só identifica a norma como a melhor possível a partir da adoção de determinados critérios de valor e de sucesso. É uma via de mão dupla que, não obstante compreenda que os atributos e as experiências pessoais do juiz, enquanto membros da comunidade de princípios, necessariamente influenciarão no resultado, afasta-se da posição defendida por Posner dos julgadores como um conselho de anciãos sábios limitados apenas pelo seu poder intelectual (POSNER, 2012, p. 407). O julgador deve compreender que, por vezes,

seus ideais políticos restarão confrontados com a história política de sua comunidade, de forma que caso as decisões tomadas “*derivem totalmente de suas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável*”, [o interprete] *não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica*” (DWORKIN, 2007, p. 306). Aqueles que tenham êxito em admitir que suas intuições pessoais, dentro da integridade da direito, eventualmente cederão em face de um contexto maior logo perceberão que a prática social e a história institucional determinarão quais são as interpretações aceitáveis sobre o caso em questão.

Ademais, essa interpretação construtiva, a partir desse esforço histórico, possui alguns critérios para ser considerada a melhor do ponto de vista da integridade:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios da justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (DWORKIN, 2007, p. 272)

Prosseguindo na estruturação do ato de decidir preceituado por Dworkin, o esforço interpretativo de Hércules deve necessariamente passar por três fases distintas (DWORKIN, 2007, p. 81). Inicia-se pela fase pré-interpretativa, na qual há a identificação dos padrões e regras pertinentes ao caso concreto a partir do consenso social sobre a existência de tais normas, bem como da análise minuciosa dos precedentes e da legislação. Aqui ainda não se pensa em padrões adequados ao caso, mas tão somente de padrões dignos de consideração para a solução do feito. Definidos os termos da discussão, avança-se sobre a fase interpretativa, na qual o intérprete procura atribuir a tais padrões um sentido que melhor se adegue às exigências de justiça e equidade daquela sociedade, extraindo daí a justificativa de tais normas. Por fim, há a etapa pós-interpretativa, na qual se aplicam estes padrões ao caso concreto de forma a garantir sua coerência em relação à justificativa aceita na fase anterior. Considerando, todavia, que essa justificativa nem sempre terá exatamente a conformação para cobrir todos os aspectos do caso concreto, há que se ter o cuidado para garantir que deva “*ajustar-se o suficiente para que o interprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, mas não como alguém que inventa uma nova prática*” (DWORKIN, 2007, p. 81). Fica claro, portanto, que

Dworkin novamente se afasta da criação do direito *post facto* vista acima e procura garantir o compromisso do juiz com as experiências pretéritas enquanto mandamento da equidade.

De pronto, já parece que Dworkin apresenta uma teoria que torna desnecessária a antiga e recorrente distinção entre atividade de criação e de reconhecimento dos direitos pelo magistrado. Em verdade, é reconhecimento na medida em que os juízes interpretam os pactos políticos anteriores que originaram os direitos das partes, mas é criação na medida em que fazem novos julgamentos e escrevem um novo capítulo na cadeia do direito (DWORKIN, 2010, p. 136).

Outro aspecto essencial nesta teoria, e que importa bastante ao presente trabalho, é que a proposta da integridade de identificar o direito como uma obra de diversos autores necessariamente deve tratar da possibilidade real de alguns dos seus intérpretes terem se equivocado quando da escrita de um novo capítulo. Isto por que Hércules, diante de certos casos “*será incapaz, mesmo com sua soberba imaginação, de encontrar qualquer conjunto de princípios que concilie todos os precedentes e todas as leis existentes.*” (DWORKIN, 2010, p. 186).

Por óbvio que a seriedade de uma teoria da completeza do Direito passa necessariamente por uma teoria muito rígida sobre desconsideração da história institucional, de forma a não ampliar de forma irrestrita este horizonte ao juízo, sob pena de recair no decisionismo tão presente em outras correntes.

Esta teoria do erro afirma, em primeiro lugar, que a identificação de determinado fato da história institucional como equivocado não lhe retira a autoridade para o caso específico para o qual foi promulgado. O que sofre redução é a sua força gravitacional em relação aos demais casos análogos, no sentido de que as considerações da interpretação equivocada não aproveitarão, ou aproveitarão muito pouco, à argumentação desenvolvida nos demais casos (DWORKIN, 2010, p. 190). Entretanto, as decisões já tomadas em congruência com aquele ato permanecem híidas.

Em seguida, deve-se demonstrar que a interpretação que trata alguma lei ou precedente como equivocada é necessariamente mais forte do que outras

interpretações que não os tratem dessa forma. Dworkin propõe duas diretrizes para essa comparação:

Em primeiro lugar, a equidade vincula-se à história institucional não apenas enquanto história, mas como um programa político ao qual o governo se propõe a dar continuidade no futuro; em outras palavras, ela vincula-se às implicações futuras do precedente, e não às passadas. [...] Em segundo lugar, Hércules deve lembrar-se de que o argumento de equidade que exige consistência não é o único argumento de equidade ao qual devem responder o governo em geral, e os juízes em particular. Se Hércules acreditar, deixando de lado qualquer argumento de consistência, que uma lei ou uma decisão específica é errônea por não ser equitativa no âmbito do conceito de equidade da própria comunidade, essa crença será suficiente para caracterizar tal decisão e torná-la vulnerável. (DWORKIN, 2010, p. 191)

Tem-se, portanto, que Hércules, ao final dessa operação, pode tomar como equivocada determinada parte da história institucional do seu tribunal e da sua legislatura de duas formas: quando os princípios nela expostos, outrora importantes e reluzentes, agora possuem uma força notoriamente tão reduzida que dificilmente fundamentarão novas decisões em seu sentido; ou quando, por meio de razões de moralidade política, puder demonstrar que, não obstante exista consenso em favor de determinado princípio, ele é simplesmente injusto (DWORKIN, 2010, p. 191). Todavia, como já afirmado, esta teoria do erro deve ser desenvolvida de forma bastante sistemática e minuciosa para ser aceitável.

Estruturadas alguns dos aspectos de maior relevância na teoria de Dworkin, vale atentar que a perspectiva da integridade do direito só poderia ser realizada no seio de uma comunidade de princípios, assim dita aquela cujos membros compartilhem da crença de que princípios comuns, cogentes e gerais, frutos das concepções de justiça e de moralidade de sua comunidade personificada, regem suas práticas diárias. (DWORKIN, 2007, 2010). É natural que haja algum dissenso sobre quais princípios, dentre os vários reconhecidos, devam nortear a decisão judicial, mas a integridade se esfacelaria se os membros daquela sociedade não comungassem do reconhecimento recíproco de igualdade, não reconhecendo aos demais direitos e deveres que reconhecem para si. Seria a própria negação da equidade, sem a qual a integridade plena não se realizará.

Explicitada a teoria de Ronald Dworkin, passa-se às considerações sobre as suas contribuições à terceirização recorrente na administração pública na perspectiva dos direitos do trabalhador.

4.2 A inconstitucionalidade da (ir)responsabilidade do tomador de serviços segundo a integridade

De pronto, já se percebe que a integridade, em relação às outras correntes já aplicadas, procura ter uma consideração maior tanto com os julgados anteriores quanto com as normas de princípio, verdadeiros guias na solução de casos difíceis. Por óbvio que a atenção ao precedente tem sua importância relativizada na tradição brasileira, que historicamente se desenvolveu de forma dissonante do *commom law*. Entretanto, instrumentos como os recursos repetitivos e a repercussão geral parecem aproximar, de certa forma, o sistema legislado brasileiro do sistema dos precedentes. Ademais, considerando que a terceirização, foco do presente trabalho, encontra-se regulada por preceito sumular da Justiça Trabalhista, a análise dos julgados anteriores é de interesse à pesquisa. Fica claro, portanto, que a integridade parece ter muito a oferecer ao presente debate.

Utilizando-se do método proposto na seção 3.1 supra, inicia-se a fase pré-interpretativa por meio da atividade prospectiva de identificação de quais normas informam a presente discussão.

Nesse contexto, para o debate sobre a terceirização na Administração Pública é indispensável a análise dos precedentes mais paradigmáticos sobre esta matéria, especificamente o acórdão prolatado na Ação Declaratória nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal e os precedentes que deram origem à súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Em relação ao texto legal do qual apreende-se as normas legisladas que versam sobre a matéria, importa a observância dos ditames constitucionais sobre direitos do trabalhador. Por fim, cabe analisar as propostas trazidas pelo PL 4330/2004, que tramita atualmente diante da Câmara dos Deputados.

Como dispõe o próprio Dworkin, qualquer discussão desse tipo necessariamente deve partir de uma teoria constitucional. Por razões óbvias sem as

quais o presente trabalho não pode ser desenvolvido, assume-se a premissa teórica de que a comunidade como um todo aceita a Constituição e os demais textos legais como cogentes, no sentido de que produzem direitos e deveres sobre os membros.

Inicia-se, portanto, pela análise dos dispositivos da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, a qual, já em seu art. 1º, inciso IV (BRASIL, 1988)¹⁶, trouxe à tona a eterna tensão entre os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa perseguidora da maximização de capital. Ainda dos fundamentos da República brasileira, poder-se-ia acrescentar a dignidade da pessoa humana como pertinente ao debate. Entretanto, como alerta o próprio Dworkin (2010), apesar de paradigmáticos estes conceitos, têm muito pouco a oferecer se não forem trazidos para a ordem concreta por padrões mais específicos. Em verdade, as normas de direito do trabalho, especificamente as regras observadas no tocante às garantias obreiras, representariam, em última instância, “*uma espécie de compromisso – que toma essa forma – entre princípios concorrentes*” (DWORKIN, 2010, p. 122).

Assim, avança-se sobre as normas constitucionais mais específicas, especialmente sobre os direitos sociais constantes do art. 7º, dentre os quais destacamos os seguintes incisos: V, XI, XXII, XXVI, XXXVIII, XXX, XXXII, XXXIV¹⁷. Em relação aos direitos referentes à agregação sindical, previstos no art. 8º da Carta Maior, interessa a análise dos seguintes incisos: II, III, VI¹⁸. Interessa ainda observar

16 Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

17 Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

V – piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXII – proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

18 Art. 8º: É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um município;

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

os ditames do exercício do direito de greve, previstos no art. 9º¹⁹, e a participação dos trabalhadores nos órgãos que porventura tratem dos seus interesses, como visto no art. 10º da Constituição²⁰ (BRASIL, 1988).

Dignos de consideração, ademais, são os princípios presentes sob o Título VII da Constituição Federal, que versa sob a ordem econômica e financeira, especificamente no art. 170, *caput* e incisos II e IV²¹ (BRASIL, 1988). Desses dispositivos é possível extrair os princípios da livre iniciativa e da liberdade de concorrência, que parecem ser justamente os que mais importam à questão da terceirização, dada sua frequente utilização em favor dessa prática.

Importante atentar que os mandamentos da descentralização, da economicidade e da continuidade dos serviços públicos, não obstante decorrentes da eficiência, preceito claramente taxado de princípio pela própria Constituição Federal em seu art. 37 (BRASIL, 1988), parecem, segundo a teoria de Dworkin, possuir estrutura mais assemelhada a argumentos de política, no sentido de que imputam à Administração uma melhora em termos econômicos.

Como melhor desenvolvido no capítulo 3, argumentos de política não servem para embasar de forma convincente uma discussão sobre uma tese forte dos direitos considerados em sua perspectiva deontológica. Em verdade, os direitos individuais, conferidos por razões de princípios, são justamente o limite que nenhum argumento de política pode transpor. São trunfos contra a perseguição cega do bem maior da coletividade (DWORKIN, 2007; 2010). Assim, o dito princípio da eficiência, bem como os demais mandamentos dele decorrentes, não deve ser considerado como norma principiológica, motivo pelo qual deixa de informar a discussão sobre a terceirização na administração pública.

19 Art. 9º: É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

20 Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

21 Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II – propriedade privada;

IV – livre concorrência;

Feita esta exclusão, passa-se ao cotejo das normas elencadas na Carta Constitucional. Não importa, neste momento, a análise da eficácia destes dispositivos sobre os prestadores de serviço, mas, antes, deles captar qual a melhor interpretação possível sobre a atual formatação de tais normas, não à luz do originalismo, mas sim sob a perspectiva da efetivação da justiça e da equidade ordenadas pela integridade do direito.

A atenção dispensada pela Constituição aos direitos individuais dos trabalhadores, especificamente em relação à intangibilidade salarial, segurança do trabalho e integridade física e moral do obreiro apontam para o reconhecimento de uma situação diferenciada daqueles que vendem sua força de trabalho. A personalidade e a subordinação, elementos caracterizadores da relação de trabalho, trazem consigo a noção de um empregado economicamente sujeito aos desígnios do seu empregador. Daí a noção de que o trabalhador é parte hipossuficiente nesta relação contratual, e, dessa forma, merece tutela diferenciada pela legislação trabalhista. Percebe-se, portanto, o princípio da proteção ao trabalhador, segundo o qual “*o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia*” (DELGADO, 2012, p. 193).

Em verdade, o princípio tutelar, enquanto núcleo basilar do ordenamento justralhista, informa todo o sistema de regras e princípios especiais deste ramo do Direito:

Na verdade, a noção de tutela obreira e de retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (ideia inerente ao princípio protetor) não se desdobra apenas três citadas dimensões. Ela abrange, essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho. (DELGADO, 2012, p. 194)

Entretanto, o princípio da proteção, enquanto equalizador da disparidade de forças existente entre empregado e empregador, não se encontra sozinho no ordenamento juslaboral constitucional. Termos programáticos como a busca pela redução das desigualdades sociais e redução da pobreza revelam uma função social do direito do trabalho, análoga àquela exercida pela propriedade e pelo contrato:

O qualitativo social [do direito do trabalho] está associado à imagem da dívida que tem a sociedade para os segmentos menores que a integram, e mais ainda, para aqueles que são chamados excluídos e que vivem em nível de pobreza. No direito do trabalho, o social refere-se aos trabalhadores e aos direitos que devem ter. Se por justiça individual o que se deve entender é dar a cada um o que é seu, justiça social é dar aos trabalhadores aquilo que é seu. No sentido distributivista, justiça social é a que se realiza com a adequada distribuição de rendas entre os membros da sociedade. (NASCIMENTO, 2011, p. 57)

Assim, é possível falar na função social do trabalho como outro princípio informador do ordenamento trabalhista, que percebe papel do labor como emancipador e valorizador dos trabalhadores²². Inclusive, apreende-se a consideração deste princípio pela ordem constitucional quando há menção expressa aos valores sociais do trabalho como princípio fundamental em eterna tensão com o ditame da livre iniciativa.

Por fim, voltando-se aos termos do direito coletivo constitucional do trabalho, parece haver um sentimento do constituinte de que os trabalhadores, diante da luta de classes pela qual avança o direito trabalhista (DELGADO, 2011, p. 88 e ss), necessitam, a fim de melhor articular suas pretensões em igualdade aos empresários organizados e instrumentalizados, de organização em torno de um ser coletivo obreiro. Este ser, no direito do trabalho taxado de sindicato, conta com liberdade e autonomia para bem defender os interesses obreiros. Identificam-se, daí, os princípios da liberdade e da autonomia sindical. Amauri Mascaro Nascimento prefere identificar estes preceitos sobre o mandamento *lato* da liberdade sindical:

A quarta ideia é a liberdade sindical, que dá suporte ao associacionismo das organizações sindicais e à negociação coletiva, para que os pleitos individuais passassem a unificados com maior força e maior possibilidade conquistas em favor dos trabalhadores vistos como uma classe e reunidos em grupos com poder de pressão, como é também, nas sociedades modernas, o lobby nas economias de mercado.

A liberdade sindical é tomada no sentido amplo não estrutural (liberdade de organização sindical), mas também de negociação coletiva (liberdade de ação sindical). (NASCIMENTO, 2011, p. 90)

Em relação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, normalmente enunciados em defesa da terceirização no setor privado, não parecem aproveitar à realidade dos serviços públicos. Ora, se a livre iniciativa “*importa em*

²² Para maiores informações sob a função social do trabalho e o direito ao trabalho digno, ver DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno. São Paulo: LTr, 2006.

assegurar aos indivíduos a livre escolha da atividade que queiram desenvolver para seu sustento” (NASCIMENTO NETO, 2009) e em sendo as atividades prestadas pela Administração vinculadas, não parece que a terceirização no setor público sequer admita este princípio como argumento em seu favor.

Em verdade, o serviço público só abarca as atividades que, por razões de interesse público, não convém sejam relegadas para o sistema da livre iniciativa (MELLO, 2010, p. 670), enunciando ainda mais a inadequação do uso deste princípio para se argumentar em favor do desenvolvimento de determinada atividade pela Administração.

No que toca ao princípio da livre concorrência, também não é norma que abarca a prestação de serviço público, pois este tem como elemento formal caracterizador o fato de ser regido por ditames de Direito Público (MELLO, 2010, p. 676), inaplicáveis ao regime concorrencial privado, evidentemente.

Com a eliminação desses dois princípios, bem como do argumento de política da eficiência do serviço público, razões estas potencialmente favoráveis à terceirização, restam tão somente os princípios da proteção ao trabalhador, da função social do trabalho e da liberdade sindical para instruir o tema. Ora, assumindo que a terceirização, como já exposto no capítulo introdutório, traz efeitos deletérios ao patrimônio do obreiro protegido por tais normas²³, parece que as razões constitucionais de princípio apontam de maneira decisiva contra utilização de prestadores de serviços junto à administração pública, inexistindo razões de nível constitucional que concorram contra tais argumentos, já que as exigências do capital são relativizadas na lógica da Administração Pública. Essa conclusão se coadunaria com a moderna concepção de que o ordenamento trabalhista tem a função *“integradora segundo a qual a finalidade protetora combina-se com a coordenação dos interesses entre o capital e o trabalho.”* (NASCIMENTO, 2010, p. 53).

Assim, segundo a melhor interpretação aqui defendida, os princípios constitucionais adequados à análise da terceirização oferecem razões contrárias ao

²³ A destruição do sentimento de classe, degradação de condições de higiene e redução dos valores salariais, dentre diversos outros prejuízos sofridos pelos prestadores de serviço, já são efeitos há muito noticiados pela doutrina. (VIANA, 1996).

uso desse instituto tão difundido na cultura do serviço público brasileiro, dado o propósito eminentemente protetor que se abstrai de tais normas.

Tal fato já poderia ser suficiente para se concluir pela impropriedade de contratos de terceirização no ordenamento brasileiro. Entretanto, não se pode olvidar que tal prática é reiteradamente ratificada por todas as esferas do poder. Especificamente, o legislativo, por meio do PL 4330/2004, provavelmente permitirá uma expansão desenfreada desse instituto. O judiciário, personificado nas figuras do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, já possui posicionamento pacífico pela constitucionalidade e legalidade dessa prática.

Assim, cumpre analisar estas práticas institucionais à luz da melhor interpretação ora defendida, qual seja, a de que os direitos trabalhistas, enquanto direitos fundamentais²⁴, não devem ser reduzidos por argumentos de política e devem ser objeto de igual consideração em relação às demais garantias fundamentais.

No tocante ao Projeto de Lei 4330/2004, cumpre salientar que, conforme consta do último substitutivo, excluiu-se do seu âmbito de aplicação a hipótese da terceirização na administração pública, uma vez que, nos termos do parecer dado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, trata-se de situação com peculiaridades específicas que enseja regulação própria. Desta forma, parece que a súmula 331 do TST ainda permanecerá por muito tempo como principal diretriz para a prestação de serviços por empresa interposta junto ao setor público. Porém, não se pode olvidar que esta lei, uma vez promulgada, muito provavelmente pautará mudanças na jurisprudência trabalhista, fato que a mantém pertinente ao presente trabalho. Avançar-se-á, portanto, sobre o projeto.

Os órgãos legislativos, enquanto componentes da comunidade de princípios, não estão livres para se distanciar dos princípios identificados neste capítulo. Ao contrário, devem ater-se a uma noção de integridade legislativa “*que*

24 Os direitos trabalhistas, enquanto incursos sob o título II da Constituição Federal, atendem ao critério formal para caracterização como direitos fundamentais, sendo, portanto, identificados como tais (BRANCO, MENDES, 2011).

pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente” (DWORKIN, 2007, p. 213).

Assim, seria possível pensar que a regulamentação da terceirização, em especial por meio de edição de dispositivos que visam a diminuir as fraudes contra o trabalhador, atende aos ditames da proteção constitucional do obreiro, conforme a melhor interpretação aqui defendida. Capital mínimo integralizado, comprovação da especialização da empresa prestadora e prestação de garantia seriam algumas das novas exigências às intermediadoras. De outro lado, porém, tem-se que a substituição do binômio atividade fim e atividade meio por prestação de serviços especializados retira o limite existente atualmente à terceirização, além do que a possibilidade de subcontratação dentro de um contrato de terceirização – originando o neologismo ‘quarteirização’ - aprofunda ainda mais o distanciamento do prestador de serviços em relação ao tomador²⁵.

Poder-se-ia pensar que se trata daquilo que Dworkin denomina de soluções conciliatórias (DWORKIN, 2007), segundo as quais o debate legislativo, em se tratando de um ambiente plural onde determinados grupos aduzem princípios concorrentes em seu favor, conformaria uma solução mediana, na qual cada princípio cederia parcialmente ao outro, de forma a atingir um ponto ótimo de satisfação bilateral. Esses acordos nada mais seriam do que uma redução valorativa das normas principiológicas, desconsiderando suas naturezas de normas deontológicas de direito. Cabem aqui as mesmas críticas projetadas ao modelo de ponderação de Alexy, desenvolvido na seção 1, justamente por se tratar, em última instância, de uma operação de balanceamento de princípios contrapostos que esvazia os padrões jurídicos em debate.

Dworkin aponta para a incongruência destas soluções conciliatórias em um modelo de direito voltado à integridade:

²⁵ O padrão que informa que os reais beneficiários do serviço prestado devem ser responsáveis pelas verbas trabalhistas parece ser essencial ao sistema trabalhista. Por meio dele, desfaz-se inclusive a divisão jurídica entre as empresas de um grupo econômico em favor da noção de que todas elas são solidariamente responsáveis pelo trabalhador que lhes preste serviços. É a dicção do art. 2º, § 2º da CLT.

Dizemos que um Estado que adota essas conciliações internas age sem observar princípios, ainda que nenhuma autoridade que tenha votado pela conciliação (ou que a aplique) tenha feito alguma coisa que, a julgar seus atos individuais pelos padrões correntes da moral pessoal, não deveria ter feito. O Estado carece de integridade porque deve endossar princípios que justifiquem uma parte dos seus atos, mas rejeitá-los para justificar o restante. (DWORKIN, 2007, p. 223)

Ora, justifica-se diversos dispositivos do PL 4330/2004 pela busca da proteção do trabalhador, mas esquece-se que a própria terceirização sempre significará uma degradação da condição obreira. Uma conciliação entre os objetivos das empresas e dos trabalhadores não deixa de ser uma redução despropositada dos direitos fundamentais garantidores destes últimos. É exatamente esse tipo de incongruência que desafia a realização da integridade legislativa e impede qualquer conformação do projeto de lei com a melhor interpretação possível da teoria constitucional trabalhista.

Entretanto, antes mesmo de se adentrar no suposto mérito conciliatório do projeto de lei em questão, parece que se trata de uma falsa solução conciliatória. Em verdade, não se tratam de princípios concorrentes, mas sim de conflito entre argumentos de princípio – garantias trabalhistas - com argumentos de política – eficiência e especialização. Como visto acima, estes preceitos, grandes motes justificadores da legislação embrionária, nada mais são do que a busca por um ideal econômico que não devem jamais suplantar argumentos de princípio, sob pena de permitir o naufrágio da minoria pelo bem maior da coletividade, fato execrado na seção 2.2.

Dessa forma, a análise lançada sobre o PL 4330/2004 sequer avança sobre o mérito de questionar se ele se coaduna com a melhor interpretação possível, tampouco perguntando se de fato se trata de uma solução conciliatória. Antes, resta claro que o projeto de lei é totalmente inadequado à integridade por esvaziar as normas de princípio em favor de políticas econômicas. Portanto, tomando a perspectiva da teoria de Ronald Dworkin, o dispositivo não se adequa à melhor interpretação constitucional ora defendida, sendo, por consequência, inconstitucional.

No que toca às construções jurisprudenciais sobre o tema, importa analisar os parâmetros estabelecidos pelo judiciário, especialmente o acórdão da

Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 do Distrito Federal, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a revisão que causou sobre a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Considerada a decisão mais paradigmática sobre a terceirização no setor público, a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 do Distrito Federal²⁶ consignou a responsabilidade subjetiva – dependente de culpa - e subsidiária da Administração Pública pelos créditos não adimplidos pelas empresas prestadoras de serviço.

Conforme já tratado na seção 2, percebeu-se que o acórdão foi permeado por argumentos de política, segundo os quais não poderia o Estado ser responsabilizado objetivamente, ainda que de forma subsidiária, sob pena de prejuízos expressivos ao erário, que pagaria duas vezes pelo serviço recebido: uma para a empresa prestadora e outra para o trabalhador desamparado. Ademais, considerou-se que o art. 71, § 1º da Lei 8.666/93 tão somente regulou os limites da responsabilidade estatal, sendo este aspecto plenamente aceitável pelo o princípio da responsabilidade do Estado, enunciado pela Ministra Carmén Lúcia em seu voto (BRASIL, 2010). Tratou-se de clara hermenêutica de ponderação entre o princípio da responsabilidade do Estado e a supremacia do interesse público.

Este julgamento obrigou a alteração da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que agora passou a reconhecer, em seu inciso IV²⁷, a necessidade de comprovação de culpa da administração para que seja alcançada pela execução. Manteve-se, em retrospecto, a subsidiariedade da responsabilidade.

Entretanto, cabe o questionamento: do ponto de vista da integridade, o tratamento dispensado aos trabalhadores terceirizados, especialmente do ponto de

26 EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, §1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, precedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, §1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (BRASIL, 2010)

27 Súmula 331 do TST: IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

vista da responsabilidade meramente subsidiária e subjetiva da Administração, é congruente em relação aos princípios que informam construções jurídicas análogas?

Inicialmente, é interessante notar que a integridade do direito, enquanto norteada pelo preceito da justiça, cobra coerência entre o tratamento dispensado aos diversos bens jurídicos tutelados, especialmente entre aqueles ocupantes de uma mesma categoria. Como visto, esta coerência supera o mero apego aos precedentes e às normas legisladas, tratando-se, em verdade, de uma coerência qualificada não pela literalidade das regras e dos julgados, mas pelos princípios que porventura os norteiam. O direito como completeza preceitua, inclusive, que esta conformidade deve ultrapassar as divisões estanques típicas do direito, abarcando áreas tão diversas como o direito civil e o direito penal (DWORKIN, 2007).

Feitas tais considerações, inicia-se a interpretação da decisão do Supremo Tribunal Federal segundo a congruência exigida pela integridade.

Em um primeiro momento, vale lembrar que, conforme desenvolvido logo acima, as garantias trabalhistas, uma vez inseridas sob o título II da Lei Fundante, tomam forma de direitos fundamentais, ensejando, portanto, a tutela máxima por parte do Estado. Ocupam o pedestal dos mais altos bens do patrimônio jurídico a serem realizados e garantidos pelo ordenamento.

Entretanto, a disparidade de tratamento entre os direitos obreiros e os demais bens jurídicos da sociedade são gritantes, ensejando incoerências que se distanciam da perspectiva do direito como integridade. Estas divergências são ainda mais acentuadas quando se encontram no âmago da Administração Pública, entidade que, por excelência, deveria primar pelo cumprimento do império da lei e que, em tese, não estaria sujeita à tentação do capital.

Exemplos desta dicotomia são melhores observados pela comparação entre a responsabilidade subsidiária e dependente de culpa da administração pública para pagamento das obrigações devidas aos prestadores de serviços e a responsabilidade objetiva extracontratual do Estado por danos ao patrimônio privado.

Para Sérgio Cavalieri Filho, esta responsabilidade objetiva decorre da adoção da teoria do risco administrativo, definido da seguinte forma:

A Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 261).

Essa atividade que enseja a indenização é aquela desenvolvida pelo agente público durante o cumprimento da sua função administrativa. De notar que um prestador de serviço, que sequer é vinculado diretamente ao órgão público, pode causar prejuízos que atraem esta hipótese de indenização, já que, pasmem, atua como verdadeiro agente público²⁸.

Assim, a responsabilidade da Administração pelos prejuízos causados pelo prestador de serviço é objetiva, mas a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações trabalhistas depende de aferição de culpa do Estado.

Ora, considerando que o fundamento de justiça da teoria do risco administrativo é de que, quando toda a coletividade se beneficia daquela atividade, é ônus da comunidade arcar com eventuais prejuízos sofridos por terceiros (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 261), cabe o questionamento: não está o próprio prestador de serviços laborando em favor dos desígnios coletivos? Uma vez prejudicado por conta da realização desses desígnios, a teoria do risco administrativo não imputaria ao Estado uma responsabilidade objetiva para com o obreiro? Parece evidente que sim, mas o ordenamento cria essa dicotomia infundada, ignorando que as garantias trabalhistas têm um status, quando pouco, de igual importância aos direitos de propriedade que ensejam a reparação.

²⁸ STJ, REsp 904127/RS. 3ª turma. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Publicado no DJe em 03/10/2008:

“Responsabilidade civil e processual civil. Recurso especial. Indenização por danos morais decorrentes de ato ilícito. Legitimidade passiva. Empresa tomadora de serviços. Funcionário terceirizado. Atuação como preposto. Precedentes. Responsabilidade objetiva. - O fato do suposto causador do ato ilícito ser funcionário terceirizado não exime a tomadora do serviço de sua eventual responsabilidade; - A jurisprudência do STJ entende como preposto aquele que possui relação de dependência ou presta serviço sob o interesse de outrem. Precedentes; - O acórdão recorrido fixou a responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público, por ter o acusado agido na qualidade de agente da recorrente. Recurso especial não conhecido. (Grifo nosso)

Outro exemplo deste descaso com a norma trabalhista pode ser encontrado no direito de proteção às relações de consumo. O consumidor, parte hipossuficiente da relação contratual, está protegido pela responsabilidade solidária de toda a cadeia de fornecedores em caso de defeito do produto, independente, inclusive, da demonstração de culpa. Trata-se da teoria do risco do empreendimento (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 514), na qual socializa-se o risco dos defeitos nos produtos diluindo seu custo no preço pago pelos demais consumidores. Cabe perguntar: o prestador de serviços, dotado de uma hipossuficiência ainda mais profunda em relação ao consumidor – que sequer é hipossuficiente, em muitos casos -, também não deveria atrair este tipo de tutela? A responsabilidade objetiva também não deveria se estender ao obreiro que dificilmente terá os meios aptos para fazer prova da negligência da administração? Novamente, a resposta parece ser positiva, segundo os ditames da justiça exigida pela integridade. Deve-se, atentar, inclusive, que hodiernamente a responsabilidade objetiva marca relações em que haja disparidade entre as partes envolvidas, justamente o caso das relações trabalhistas:

Presentemente, a responsabilidade subjetiva se restringe às relações interindividuais, só para as pessoas físicas e os profissionais liberais, enquanto a objetiva domina todas as relações entre o grupo e o indivíduo - Estado, empresas, fornecedores etc. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 166).

Mas, por motivos culturais bastante enraizados, ainda se considera o trabalho como um bem de pouca valia que não enseja a socialização dos riscos norteadora do direito consumerista²⁹.

Em suma, confere-se ao bem do consumidor e ao patrimônio do lesado pela atividade pública uma proteção bastante superior àquela conferida aos direitos do prestador de serviços, não obstante tenham todos o mesmo caráter de direito fundamental.

²⁹ Sérgio Cavaliere Filho identifica o fenômeno da socialização dos riscos como em franca expansão, especialmente pelo alarmante aumento da quantidade de acidentes e inadimplementos contratuais, que tornam muitas vezes irreparáveis os danos sofridos, seja pelo vulto da indenização devida ou pela falta de patrimônio do devedor. Assim, procura-se, por meio da reparação coletiva, garantir ao menos uma indenização básica para toda sorte de acidente pessoal. “A vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito, passa a ser o enfoque central da responsabilidade civil.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 166). Parece ser uma perspectiva perfeitamente adequada à realidade dos prestadores de serviço.

Considerando que a integridade exige que “o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios” (DWORKIN, 2007, p. 202) em relação a todos os seus cidadãos, com igual consideração pelos bens jurídicos que exijam, por questão de princípio, tratamento similar, parece que as disparidades ora são insustentáveis segundo os argumentos de princípio pertinentes ao caso. Não apenas por negar soluções que garantiriam a eficácia das normas protetivas do trabalhador, mas também por negar a justiça entre estes ramos do direito.

Assim, pergunta-se se a defesa da responsabilidade subsidiária e com demonstração de culpa, atual conformação da terceirização na administração pública, encaixa-se, de alguma forma, na melhor interpretação possível da proteção do trabalhador preceituada pela Constituição. Das considerações acima expendidas, parece bastante difícil desenvolver uma argumentação nesse sentido de forma a escrever, de forma coerente, um novo capítulo na história institucional com os princípios pertinentes ao tema.

Assim, parece que a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, bem como sua recente história de flexibilização dos limites da terceirização, deveria sofrer uma redução do seu peso gravitacional (DWORKIN, 2010) em relação a decisões futuras. Não seria retirada sua autoridade para continuar informando os casos anteriores, mas sem dúvida, seria interessante que ao menos avançasse em direção à responsabilidade objetiva do Estado, e, posteriormente, à responsabilidade solidária da Administração, mais contundente em relação à garantia dos direitos do trabalhador e mais congruente em relação aos demais bens tutelados pelo ordenamento. Por óbvio que o avanço proposto passa necessariamente por uma revisão da atual jurisprudência do STF, no sentido de se afastar a incidência do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93 em favor da responsabilidade ora defendida.

Todavia, não se ignora que o avanço do atual modelo da terceirização para um de responsabilidade objetiva e solidária da Administração, apesar de garantir uma melhora substancial na eficácia das garantias trabalhistas, certamente

não resolve todos os matizes do problema social da terceirização³⁰. Este fenômeno, por sua própria essência, atenta contra o próprio ideário constitucional de proteção ao trabalhador por meio do trabalho digno, decente e emancipador.

Em verdade, defender o trabalho terceirizado em sua atual formatação implica em negar aos prestadores de serviço direitos que a classe operária levou gerações para construir. Significa impor-lhes o fardo da segunda classe, da subcategoria, dos malfadados. É excluir-lhes da condição de semelhantes e impedir o ideal fraterno da formação de uma verdadeira comunidade de princípios no sistema trabalhista brasileiro.

Desta forma, parece que o próximo capítulo a ser escrito no romance da ordem trabalhista, de forma a garantir a coerência com os demais desenvolvimentos da história juslaboral, deve tratar como inconstitucional a atual prática da terceirização na Administração Pública, pautada meramente na responsabilidade subjetiva e subsidiária, posto que não atende aos critérios da justiça e congruência exigidos pelos ditames constitucionais interpretados segundo a concepção do direito como integridade política.

³⁰ O avanço do modelo da terceirização para um de responsabilidade objetiva e solidária da Administração, apesar de garantir uma melhora substancial na eficácia das garantias trabalhistas, certamente não resolve todas as matizes do problema social da terceirização. A desarticulação sindical atualmente vivenciada pelos prestadores de serviço, enquanto trabalhadores (des)organizados em uma massa acéfala e pouco instrumentalizada, permaneceria basicamente inalterada, atentando, inclusive, contra o princípio da autonomia do ente coletivo obreiro, identificado neste trabalho como direito informador da presente discussão. A conformação horizontal dos sindicatos bem que poderia contribuir, segundo os critérios de categoria econômica, para o pensamento de que a empresa prestadora de serviços, enquanto absorvedora da atividade expelida da empresa principal, insere-se no mesmo gênero de atividade e, portanto, deveria ter seus trabalhadores representados pelo mesmo sindicato vinculado aos funcionários da empresa tomadora. Contudo, esta interpretação dependeria de uma mudança jurisprudencial e doutrinária profunda e, ainda assim, não resolveria a grave cisão que a terceirização causa na classe operária: os prestadores veem os efetivos como privilegiados, enquanto estes acusam aqueles de pressionar para baixo os seus salários. Mas estes obreiros ainda competem entre si pelo emprego sempre mais precário e escasso. Parece que esta questão associa-se, antes, à imediata necessidade de uma reformulação do modelo de unicidade sindical brasileiro, construído de cima para baixo sem as devidas articulações em sua base. Mas este é tema para uma outra monografia. Para mais informações, ver VIANA, M. T.. **Terceirização E Sindicato: Um Enfoque Para Além do Direito**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 15. Região, Campinas, n.24, p. 326-357, 2004.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o escopo de colocar a terceirização na Administração Pública sob a perspectiva das concepções de direito mais difundidas no meio jurídico.

Demonstrou-se que o balanceamento proposto pela teoria de Robert Alexy não é suficiente para uma consideração séria dos direitos dos prestadores de serviço.

Inicialmente, colocou-se dúvidas sobre a afirmação de que terceirização é, de fato, medida adequada e necessária para a promoção da eficácia e da economicidade no serviço público, fato este que, de pronto, já retira parte da força dos principais argumentos em favor desta forma de precarização do trabalho.

O ponto nodal, entretanto, reside no juízo de proporcionalidade em sentido estrito proposto pela teoria alexyana. Ao estabelecer princípios como mandamentos que podem ser realizados em diferentes graus de acordo com as limitações fáticas e jurídicas que lhe são impostas, o jurista confere a estas normas uma dimensão axiológica de cunho eminentemente valorativo, esvaziando os princípios do seu caráter deontológico e permitindo soluções variadas para um mesmo caso. O discurso jurídico seria mera arena de razões, na qual entra qualquer princípio e vence aquele que adotar a melhor estratégia argumentativa.

Seguiu-se que critérios nem sempre claros do aplicador podem apontar em direções diametralmente opostas: é possível que se defenda a eficácia das garantias trabalhistas da mesma forma que pode demonstrar uma pretensa necessidade de flexibilizá-las.

Estes resultados decorrem do fato de que, uma vez concebidos como mandamentos de otimização, os princípios não carregam em si a medida de sua própria realização, permitindo ao intérprete realizá-los segundo sua própria valoração. A falta de critérios objetivos para esta tarefa torna esta operação um exercício arbitrário e decisionista do ato de julgar, na qual o magistrado ou legislador

tende a repetir hierarquias pré-concebidas e padrões sacramentados, os quais nem sempre corresponderão à melhor interpretação possível.

Nessa disputa, percebeu-se que, conforme se atesta do julgamento da ADC nº 16/DF pelo Supremo Tribunal Federal, os direitos dos trabalhadores terceirizados, normalmente sub-representados e pouco instrumentalizados, tendem a ceder a princípios conflitantes como a eficiência da atividade administrativa e a supremacia do interesse público. Parece que a categorização das garantias juslaborais enquanto direitos fundamentais pouco importa ao caso, conquanto haja êxito em conferir força argumentativa às normas contrapostas.

Assim, conclui-se que a ponderação enquanto ferramenta de racionalidade jurídica não é eficaz na observância dos direitos do trabalhador terceirizado justamente por não impor limites lógicos às relações de precedência entre princípios, que tendem a favorecer argumentos econômicos ou de maioria.

No tocante à teoria cético-pragmatista proposta por Richard Posner, demonstrou-se que, apesar da proposta do autor de se afastar do utilitarismo clássico, sua teoria ainda permite o sacrifício dos direitos dos terceirizados em prol do bem maior da eficiência no serviço público.

Este sacrifício dos desprovidos no pedestal da coletividade é o risco inerente a um sistema jurídico voltado para argumentos de política, cujas razões, sempre apontam para a consecução de algum objetivo econômico ou político que, em geral, coaduna-se com o interesse da maioria. Nesse sistema, os direitos individuais, como os dos prestadores de serviços, nada mais são do que custos a serem considerados em operações econométricas, podendo ser afastados conquanto se entenda que isso aumentará a riqueza geral da sociedade. Aliás, o acórdão da ADC nº 16/DF e as discussões acerca do PL 4.330/2004, quando trazem razões de eficiência e de supremacia do interesse público, demonstram exatamente este tipo de raciocínio. De pronto, já se percebe que são debates que não levam a sério os direitos em jogo.

Demonstrou-se, ademais, que a confiança de Posner no mercado para redistribuir direitos àqueles que mais o valorizam – o que maximizaria a riqueza da

sociedade – sujeita-se às críticas que a própria economia sofre. É impossível precificar objetivamente a dignidade do trabalhador, sua emancipação, seu sentimento de pertencimento a uma classe. Ademais, o uso de mercados hipotéticos para este tipo de operação oferece resultados incertos e imprecisos, sob os quais não se pode confiar. Por fim, Posner ignora que indivíduos que aos quais, do ponto de vista da moral, devam ser atribuídos determinados direitos podem simplesmente não ter condições de pagar mais por eles. Os prestadores de serviços encaixam-se perfeitamente nesta hipótese, já que simplesmente não possuem os meios para se emancipar e sair do ciclo precarizante da terceirização, especialmente pela lógica de empobrecimento da classe trabalhadora. Esta posição é especialmente grave em países com altos índices de concentração de renda, como o Brasil.

Em relação à maximização da riqueza enquanto pressuposto ético de uma teoria da justiça, tal tese restou desconstruída. Demonstrou-se que a riqueza, enquanto um fim em si mesmo pressupõe que uma sociedade mais rica é necessariamente melhor. Entretanto, esta hipótese pode não considerar todos os interesses em jogo, especialmente aqueles que não possuam cunho eminentemente econômico. Apesar de ser fácil apurar se a Administração Pública está mais rica com o uso indiscriminado de trabalho terceirizado, dificilmente poderá opor a este resultado preferências relevantes dos envolvidos, tais quais a igualdade de tratamento e a felicidade e emancipação por meio do labor a que aspiram os prestadores de serviço. A riqueza enquanto valor por si mesmo perde plausibilidade por não permitir a consecução desses direitos.

Ademais, a tese de que a maximização da riqueza teria um caráter instrumental em relação à realização de outros valores sociais também restou afastada. Apesar de intuitivo, este raciocínio pressupõe uma sociedade homogênea onde todos estejam mais felizes desde que estejam mais ricos. Seria algo como se todos os setores da sociedade ficassem mais satisfeitos ao ver que a Administração gasta menos recursos para prestar mais serviços. Entretanto, retorna-se ao argumento de que este raciocínio desconsidera as pretensões dos terceirizados, sacrificando-os para o interesse de uma comunidade que, afinal, não seria tão homogênea assim.

Ainda dentro dessa tese instrumental, demonstrou-se que o argumento de que o empresário gerador de riquezas necessariamente gera benefícios àqueles ao seu redor, já que não consegue absorver todo ganho produzido, desconsidera que, se este é mesmo o objetivo de uma tese instrumental, melhor seria buscar diretamente um sistema mais altruísta que buscasse diretamente estas externalidades benéficas, ao revés de insistir em um sistema no qual estes ganhos sejam apenas residuais.

Por todo o exposto, concluiu-se que o modelo apresentado por Posner é, antes de um sistema jurídico de atribuição coerente de direitos, uma opção por uma sociedade capitalista e conservadora, pretensamente imune aos insumos da moralidade e com o fim único de aumentar sua riqueza. O direito serviria tão somente para azeitar as engrenagens da economia, no sentido de que só deveria intervir quando daí se apreendesse algum ganho econômico. Por óbvio que esta concepção não se coaduna com uma tese forte dos direitos que considere os prestadores de serviços como indivíduos dotados de interesses dignos de consideração, os quais não podem ser simplesmente suplantados por argumentos econômicos de eficiência e especialização. Dessa forma, o pragmatismo também não oferece o melhor viés para garantir a dignidade do terceirizado junto à Administração Pública.

No que toca à integridade proposta por Ronald Dworkin, vislumbrou-se uma concepção de direito mais adequada à análise da terceirização na Administração pública sob a ótica dos direitos dos prestadores.

Primeiramente, a separação entre argumentos de princípio, garantidores de direitos individuais, e argumentos de política, perseguidores de objetivos coletivos, é essencial para a percepção de que os supostos princípios da eficiência, descentralização e especialização das atividades da Administração Pública assemelham-se, em verdade, a estruturas argumentativas de políticas.

Assim, considerando que Dworkin aponta os riscos de um discurso jurídico voltado para políticas ao invés de princípios, os direitos individuais trabalhistas dos prestadores de serviço devem ser salvaguardados de eventuais reduções decorrentes da anteposição às razões da eficiência administrativa. Só

assim seria possível tomar as garantias laborais, enquanto normas de ordem fundamental garantidas constitucionalmente, em sua natureza deontológica, não abrindo espaço para valorações indevidas ou sacrifícios utilitaristas.

Ademais, os argumentos de princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, não obstante elencados em defesa da terceirização no setor privado, pouco têm a oferecer às relações havidas no setor público, que não devem se orientar por estas normas, dada a própria natureza do seu serviço.

Postas estas colocações, fica claro que a lógica de ponderação aplicada pelo STF quando do julgamento da ADC nº 16/DF e os argumentos de política elencados pelo legislativo para regular a matéria no PL 4.330/2004 não consideram com a devida seriedade os direitos fundamentais dos prestadores de serviço, especialmente aqueles inseridos no âmbito estatal.

Em relação à necessidade de constante reinterpretação da história institucional para a escrita de um novo capítulo no romance do direito, percebeu-se que as relações de trabalho na Administração Pública devem ser interpretadas segundo uma teoria constitucional protetora dos trabalhadores e promotora dos princípios do valor social do labor e da autonomia sindical, bem como do princípio tutelar. Nesse contexto, a terceirização, enquanto prática deletéria à realização séria de tais normas, parece incongruente com a melhor interpretação dada pelos preceitos constitucionais que norteiam o ordenamento brasileiro.

Ademais, observou-se que a terceirização na administração pública não atende aos ditames integridade do direito, pois enseja uma disparidade infundada entre a proteção dispensada aos direitos trabalhistas dos prestadores de serviços e aquela dispensada a outros bens tutelados pelo ordenamento, como os direitos consumeristas e a proteção do patrimônio privado contra danos perpetrados por atividade pública.

Demonstrou-se que a atribuição de responsabilidade objetiva e solidária a toda a cadeia de fornecedores socializa os riscos de defeito da mercadoria, ao passo que não se aceita a mesma socialização em relação ao inadimplemento das verbas trabalhistas devidas aos prestadores de serviço na

Administração Pública, não obstante se tratem de direitos, quando pouco, de ordem equivalente no sistema constitucional.

Quanto à questão da responsabilidade objetiva extracontratual do Estado, percebeu-se que se admite a necessidade de o Estado indenizar os particulares por prejuízos sofridos quando da consecução de fins determinados pela coletividade. Entretanto, aos terceirizados dentro da Administração Pública, enquanto prestadores de serviços públicos igualmente determinados pelos objetivos sociais, não se permite esta responsabilidade objetiva. Novamente, trata-se de incongruência injustificada pela consideração do direito como completude.

Demonstrou-se, portanto, que, em ambos os casos, o ordenamento tutela em graus diferentes os bens jurídicos da propriedade, do direito consumerista e das garantias trabalhistas, restando este último defasado em relação aos demais. Considerando que a integridade exige que “*o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios*” (DWORKIN, 2007, p. 202) em relação a todos os seus cidadãos, com igual consideração pelos bens jurídicos que exijam, por questão de princípio, tratamento similar, é certo que as disparidades em evidência são insustentáveis segundo os argumentos de princípio pertinentes ao caso. Não apenas por negar soluções que garantiriam a eficácia das normas protetivas do trabalhador, mas também por negar a justiça entre ramos diversos do direito.

Assim, sem jamais ignorar a terceirização na Administração Pública enquanto pertencente à história do direito juslaboral, parece que o próximo capítulo a ser escrito neste romance, de acordo com a melhor interpretação dada sobre os princípios constitucionais de proteção ao trabalhador, seria uma revisão da jurisprudência STF em relação ao art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, declarando a inconstitucionalidade da irresponsabilidade da Administração Pública em relação aos créditos trabalhistas daqueles que lhe prestem serviços.

Só a partir dessas mudanças seria possível compreender os terceirizados como indivíduos dignos de igual consideração, protegidos pelos mesmos princípios tutelares que salvaguardam os demais trabalhadores, promovendo a integridade do direito e aproximando a Administração Pública de uma verdadeira comunidade de princípios.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

_____. **Epílogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales**. 2006

_____. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF. 2009

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. 1988

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.330/2004. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes**. Autor: Deputado Sandro Mabel. 2004. Acessado em 08/09/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Ação Declaratória de Constitucionalidade no. 16 do Distrito Federal**. Relator: Min. Cesar Peluso. Brasília, DF. 2010. Acórdão publicado em 24/11/2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331: contrato de prestação de serviços. Legalidade**. Nova redação dada pela resolução 174/2011, publicada em 31/05/2011,

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Is Wealth a Value?** In The Journal of Legal Studies. Vol. 9, No 2, **Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives**. The University of Chicago Press. 1980, pp. 191-226

_____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo. Ed. WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2007

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge. The MIT Press. 1996

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO NETO, José Afonso. **O Princípio da Livre Concorrência na Constituição Federal de 1998**. 2009 Disponível em www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1189. Acessado em 24/11/2013.

POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2010

_____. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2012

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Trinta anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Terceirização na administração pública – uma prática inconstitucional**. Revista LTR, v. 70, p. 1307- 1317. 2006

STRECK, Lenio. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Conjur. Publicado em 22 de março de 2012.

VIANA, M. T.. **Terceirização E Sindicato: Um Enfoque Para Além do Direito**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 15. Região, Campinas, n.24, p. 326-357, 2004.

URSIN, Edmund. **How Great Judges Think: Judges Richard Posner, Henry Friendly, and Roger Traynor on Judicial Lawmaking**. University of San Diego, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1537316>>. Acessado em 09/11/2013.

VIANA, M. T.; DELGADO, G. N.; AMORIM., H. S. **Terceirização. Aspectos gerais. A última decisão do STF e a súmula n. 331 do TST. Novos Enfoques**. Revista LTr. Legislação do Trabalho, v. 75, p. 282-295. 2011

VIANA, M. T.; **Fraude à lei em Tempos de Crise**. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, v. 21, p. 61-70. 1996

VIANA, M. T. . **Terceirização E Sindicato: Um Enfoque Para Além do Direito**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho 15. Região, Campinas, n.24, p. 326-357, 2004.