

OUTSOURCING LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Dayse Coelho de Almeida[†]

Sumario: 1. Consideraciones iniciales. 2. Contratación de servicios por la Administración Pública. 3. La ley de licitaciones: la discusión de la constitucionalidad. 3.1 La acción directa de constitucionalidad. 3.2 La decisión del STF en ADECON 16-9. 4. Las concesionarias de servicios públicos y la posición actual del Tribunal Superior del Trabajo. 5. Consideraciones finales.

Resumen: El Poder Público ha contratado proveedores de servicios, a través de proceso de licitación, para realizar las actividades de su interés. Esta práctica se está convirtiendo en algo común y se está ampliando de manera gradual, lo que disminuye numéricamente y cualitativamente la contratación pública. Imperativo, por lo tanto, analizar el fenómeno del outsourcing laboral en la Administración Pública delante de los principios constitucionales y administrativos, discutiendo su validez y constitucionalidad, sobre todo después de la Acción Directa de Constitucionalidad n° 16-9 y el cambio de la Súmula n° 331 del Tribunal Superior del Trabajo.

[†] Estudiante de doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA / ARG), Maestra en Derecho Laboral de la Faculdade Mineira de Direito de la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (PUC / MG), Especialista en Derecho Público de la Universidad Católica de Minas Gerais (PUC / MG), Especialista en Derecho Laboral y Proceso Laboral por la Universidad Cândido Mendes (UCAM / RJ), profesora de graduación y posgrado en Derecho, Faculdade Estácio de Sergipe (Estácio / Fase), abogada y consultora jurídica, miembro de la Asociación Brasileña de Abogados (ABA), del Instituto de Abogados del Estado de Sergipe (IASE), de la Asociación Sergipana de Abogados Laborales (ASSAT) y de la Asociación Brasileira de Abogados Laborales (ABRAT).

Palabras–Clave: Administración Pública. Constitucionalidad. Posiciones jurisprudenciales. Outsourcing.

1 CONSIDERACIONES INICIALES



El Poder Público ofrece a los brasileños nacidos y naturalizados, y también a los extranjeros, la oportunidad para prestarles servicios y participar en la vida pública. Esta generosa oferta contiene en su centro estabilidad y ventajas relevantes y atractivas. En la sociedad global no hay certeza o estabilidad, el mercado y la economía conducen la vida de las personas, ora ofreciendo trabajo y, ora suprimiendo, espectáculo degradante y humillante de la dignidad humana - sino parte de la realidad. Esta situación aumenta la búsqueda¹, por integrar el personal de la Administración Pública y disfrutar de las ventajas y la seguridad de ser un funcionario público o empleado público. La Constitución determina la manera en que la Administración Pública contrata a las personas, mediante concurso público² de

¹ El mercado de concursos es un ramo de negociación en auge, precisamente porque permite alcanzar el objetivo de la aprobación. Noticiase que este mercado mueve más de 30 millones de dólares por año. LUQUES, Ione. Mercado de concursos, aquecido, movimenta cerca de R\$ 30 milhões por ano. *O Globo*. 03/05/2010. Disponible em: <<http://oglobo.globo.com/emprego/mercado-de-concursos-aquecido-movimenta-cerca-de-30-milhoes-ao-ano-no-pais-3015289>>. Acceso el 24 de mayo 2012

² El concurso es el medio técnico puesto a disposición de la Administración Pública para obtener la moralidad, la eficacia y la mejora del servicio público y, al mismo tiempo, ofrecer igualdad de oportunidades a todos los interesados que cumplan con los requisitos de la ley, según determina art. 37, II, de la Constitución. Por tanto, el concurso tira los ineptos y compinches, que suelen abarrotar las oficinas, un espectáculo degradante de proteccionismo y falta de escrúpulos de los políticos que se elevan y se mantienen en el poder, subastando empleos públicos. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 368-369).

pruebas y títulos:

Art. 37 - La administración pública directa e indirecta de cualquier de los Poderes de la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios obedecerá los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia, y también a lo siguiente:

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*³ (grifos nossos)

I – los cargos, empleos y funciones públicas *son accesibles a los brasileños que reúnan los requisitos establecidos por la ley*, así como a los extranjeros, de acuerdo con la ley;

II - *la investidura en el cargo o empleo público depende de la aprobación previa en concurso público de pruebas y títulos*, de acuerdo a la naturaleza y complejidad del cargo o empleo, según lo establecido por la ley, *con excepción de los nombramientos para cargo en comisión declarados en ley de libre nombramiento y exonación*. (énfasis nuestro)

El Poder Público realiza la contratación de empleado/trabajador a través de concurso público, de la contratación temporal o del nombramiento para cargo en confianza, en los moldes del artículo 37, II de la CF/88.

Para comprar bienes y servicios, el Poder Público realizar el proceso de licitación. El outsourcing no significa la contratación de personal, pero la adquisición de un servicio por la Administración Pública. Según se desprende, hay dos maneras, legalmente válidas, del Poder Público obtener el servicio: una directa (concurso, contratación temporal y de confianza) e indirecta (contratando proveedores de servicios).

Sería una opción del Administrador Público, a ser ejecutado de forma discrecional⁴, elegir entre las formas antes men-

³ BRASIL. Constitución de la República Federativa del Brasil. Proclamada el 5 de octubre de 1988. Disponible en: <www.planalto.gov.br>. Acceso el 29 mayo 2012.

⁴ Decisiones discrecionales son aquellas que dependen de la conveniencia y

cionadas para obtener servicios, o ¿existen parámetros legales que indican cuando la opción debe ser directa o indirecta? ¿Sería constitucional la Administración Pública externalizar servicios realizados anteriormente por los ciudadanos concursados o reducir el número de cargos públicas disponibles para las personas?

Desgraciadamente, prácticamente todos los cargos de apoyo y funciones menos complejas fueron reemplazados y realizados por los proveedores de servicios. El ciudadano simple, común, de baja o media escolaridad, poco a poco está siendo excluido de la Administración Pública. La adopción y el uso del outsourcing en sustitución a los concursados, gradualmente, van creando obstáculos en la accesibilidad a los cargos públicos.

El elitismo causado por el outsourcing en la Administración Pública se muestra dañoso a la forma republicana de gobierno e incompatible con el pluralismo social. La supremacía del interés público reside en tener una sociedad equilibrada en la que se protege al ser humano, reconocido digno y que tenga oportunidades.

2 CONTRATACIÓN DE SERVICIOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Para la contratación de servicios y compra de bienes, la Administración Pública deberá utilizar método legalmente establecido, la licitación pública que es

[...] Un procedimiento administrativo regulado por la ley y por un acto administrativo previo, que determina criterios objetivos de la selección de la propuesta de contratación más ventajosa, con observancia del principio de igualdad, dirigido por un órgano con competencia específica⁵.

oportunidad. Factores que son analizados por el Administrador.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 309.

Cuando la ley de licitaciones comenzó su vigencia, ciertamente el legislador no pensaba que serían substituidos cargos públicos efectivos para la contratación de proveedores de servicios mediante licitación pública. La interpretación sistemática del texto constitucional señala que la contratación de empresas de prestación de servicio era una alternativa a las necesidades eventuales y emergencias.

La idea del legislador originario no fue mover el funcionamiento de la maquinaria administrativa con trabajadores desvinculados del Estado y reducir numéricamente los cargos públicos. Después de todo, esto equivaldría a menospreciar la participación meritatoria y republicana en la gente en la Administración Pública.

Aparentemente, el administrador público, al externalizar, está utilizando una herramienta moderna de gestión, reduciendo los costos y garantizando una gestión eficiente. Sin embargo, no hay pruebas de que el outsourcing reduce, efectivamente, los costos de personal, tampoco hay indicativos o datos concretos de que la calidad y cantidad de servicio prestado sufrió incremento. La elección de este método de gestión debería por lo menos estar apoyada en algún indicio concreto.

El impacto de la decisión administrativa de externalizar afecta a toda la sociedad y hay implicaciones sociales y financieras. Una decisión de esta magnitud, dentro de una democracia que pretende ser participativa, debe estar apoyada por completa información de la población acerca de las ventajas y desventajas y la discusión del tema, de forma amplia y profunda. Después de garantía asertiva del debate, se procedería una consulta pública mediante referéndum y posteriormente debería ser editada una norma jurídica delineando parámetros para tal fin.

La Administración Pública tiene los medios y recursos necesarios para saber si el costo/beneficio de la adopción de este modelo de contratación cumple con el principio de eficiencia. Y además, es derecho del ciudadano - y cumple con el

principio de transparencia – conocer si la cosa pública está siendo bien gestionada. Sin embargo, no hay ninguna investigación sobre el tema, ni preocupación para los administradores públicos en la evaluación de los resultados del proceso. Es posible, por tanto, que el outsourcing tiene un costo aproximado o superior a la contratación directa.

Sergio Pinto Martins afirma que el costo de la contratación de outsourcing es mayor que la contratación directa por la Administración Pública y la ataca, con fuerza, con el argumento de que:

[...] no se puede hacer el outsourcing de mano de obra en la Administración Pública, ya que favorece el nepotismo y los nombramientos políticos, afectando la exigencia de concurso público. El gobierno gasta más con el servidor subcontratado que con el público. A veces hasta dos veces. El subcontratado no tiene el mismo compromiso que el funcionario público tiene con el servicio público⁶.

La Declaración n° 11 de la 1ª Jornada de Derecho Material y Procesal de la Justicia del Trabajo critica negativamente el outsourcing, indicando la inconstitucionalidad del uso del outsourcing por la Administración Pública:

La externalización de servicios propios de la dinámica permanente de la Administración Pública, no considerando como tal la prestación de servicio público a la comunidad a través de concesión, autorización y permiso, viola la Constitución, que estableció el principio de que los servicios públicos son ejercidos por funcionarios públicos aprobados mediante concurso público⁷ (énfasis nuestro)

La citada declaración representa la idea que defendemos en este trabajo. La inconstitucionalidad es material, ya que afrenta al principio de accesibilidad a los cargos públicos, cor-

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 145.

⁷ ANAMATRA. Enunciados aprobado en la 1ª Ronda de derecho sustantivo y la justicia procesal en el trabajo 23/11/2007. Disponible en: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/novidades/1jornadadedireiro.pdf>>. Acceso el 29 mayo. 2012.

tando la garantía democrática y meritoria de la participación popular en el aparato administrativo del Estado. No puede el Administrador Público reducir la posibilidad de concursos públicos, tampoco substituir los concursados por la contratación de servicios de proveedores. La extensión forzada de la posibilidad de outsourcing trae perjuicios a los ciudadanos, más allá de que existe una probabilidad de daño a los principios de legalidad y eficiencia, dada la falta de uso de la modalidad de outsourcing.

La primera norma que permitía el uso del outsourcing en la Administración Pública fue el Decreto-Ley 200 de 1967, art. 10, § 7:

Para el mejor cumplimiento de sus funciones de planificación, coordinación, supervisión y control, y con el fin de evitar el crecimiento excesivo de la maquinaria administrativa, la Administración buscará la liberación de realización material de las tareas de ejecución, recurriendo, siempre que posible, a la ejecución indirecta, mediante contrato, siempre que haya en la área, empresa privada suficientemente desarrollada y calificada para ejercer los encargos.⁸

Viene a la luz, la Ley n. 5.645/70, con el fin de resolver las dudas, citando las actividades relacionadas con el mantenimiento de la propiedad, con su transporte, su limpieza, funcionamiento de ascensores y otros, similares, en un ejemplo que vino a aclarar que poco, excepto que eran actividades secundarias, auxiliares o instrumentales⁹.

Existen dudas acerca de la recepción del presente Decreto-Ley en la Constitución de 1988. La interpretación de las disposiciones legales, conforme la Constitución, indica que la estrategia del outsourcing debe ser utilizada para el crecimiento de la maquinaria administrativa, y no para su disminución. El

⁸ BRASIL. Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispone sobre la organización de la Administración Federal, establece directrices para la Reforma Administrativa y otras providencias. Disponible en: <www.planalto.gov.br>. Acceso en 29 mayo 2012.

⁹ GIGLIO, Wagner. Terceirização. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, n° 4, p. 391 a 394, abril 2011.

nivel de los cargos públicos aportados en el momento de la Constitución y los creados después de la misma deben ser mantenidos numéricamente y cualitativamente. Sólo los nuevos cargos y funciones podrían ser objeto de outsourcing. Por lo tanto, estaría garantizando la accesibilidad a los ciudadanos a los cargos públicos.

Desde aquel dispositivo legal el outsourcing se proliferó de manera descontrolada en la Administración Pública. Del mismo modo las empresas proveedoras de servicios rápidamente se multiplicaron, todas objetivando los millonarios contratos derivados de los procesos de licitación con el Poder Público. Por otra parte, el outsourcing ha demostrado ser una manera eficaz de estafar a la ley de presupuesto y a lo limite de los gastos de personal en términos absolutos¹⁰.

Los instrumentos de control de la contratación de la Administración Pública son disciplinados en la ley de licitaciones, pero se han mostrados ineficaces o poco útiles para evitar lesiones a los derechos de los trabajadores contratados por las empresas ganadoras de las licitaciones. Ciertamente, los instrumentos de control previstos en la Ley de Licitaciones, deben y pueden ser mejorados. Un ejemplo es la Ley 12.440 de 07 de julio 2011 que, en el art. 27, hace el certificado de regularidad laboral requisito para la calificación en las licitaciones.

El certificado de regularidad laboral es un importante instrumento de control que, bien utilizada, contribuirá para mejorar el respeto a los derechos de los trabajadores subcontratados. La intención del legislador en este caso particular, es evitar que las empresas con deudas laborales resultantes de sentencias condenatorias definitivas en la Justicia del Trabajo o deudas de los acuerdos firmados con el Ministerio de Trabajo o Comisio-

¹⁰ BRASIL. Ley Complementar 82 del 27 de marzo de 1995. Disciplina los límites de la disciplina fiscal con el funcionalismo público, en la forma del art. 169 de la Constitución Federal. (Ley Camata). Disponible en: <www.planalto.gov.br>. Acceso el 29 mayo 2012.

nes de Conciliación Previa participen en licitaciones. El requisito del certificado negativo de deuda laboral (CNDT), cuyo plazo es de 180 días, será un importante avance en la protección de los derechos laborales de los contratados. Junto a la exigencia de regularidad fiscal, el Certificado Negativo de Deuda Laboral hará un control previo de calidad de los licitantes.

Hay muchas diferencias entre una empresa privada y la Administración Pública. La diferencia más notable es la finalidad. El propósito principal de la Administración Pública es promover el bien común, mientras que la empresa privada tiene como objetivo generar lucros. Esta diferencia de finalidad impone estatutos jurídicos diferentes y modelo de gestión diverso. Si en la empresa privada el outsourcing como una forma de gestión y reducción de los gastos con personal, se revela como se indica¹¹, en el ámbito de la Administración Pública esta estrategia puede resultar equivocada o discordante del propósito/objetivo estipulado por la ley.

¹¹ Esta ideia, cada vez mais, tem sido alvo de discussões. Há muitos casos de primeirização, ou seja, o abandono da terceirização e a retomada da contratação direta nos moldes tradicionais celetistas. Citamos, a título exemplificativo, duas recentes dissertações de mestrado em Direito e em Administração a respeito deste intrigante e sintomático fenômeno, a primeirização: Esta ideia, cada vez más, ha sido objeto de discusiones. Hay muchos casos de primerización, es decir, el abandono de la subcontratación y la reanudación de la contratación directa en la CLT tradicional. Citemos, como ejemplo, dos disertaciones recientes en Derecho y Administración con respecto a este fenómeno intrigante y sintomático, la primeirización: 1) VEIGA JÚNIOR, Jorge. *Da terceirização à primeirização: transformações das relações de trabalho na Petrobras*. Piracicaba, SP, 2009. Dissertação (Pós-Graduação, Curso de Mestrado em Direito). Orientadora: Professora Doutora Dorothee Susanne Rüdiger. Universidade Metodista de Piracicaba. 2) LIMA NETO, Waldir Maia Rocha. *Quando a terceirização não funciona: a “primeirização” das atividades de manutenção industrial na Caraíba metais*. Salvador, BA, 2008. Dissertação (Pós-graduação, Curso de Mestrado Profissional em Administração). Orientador: Professor Doutor Sandro Cabral, Universidade Federal da Bahia.

La posibilidad de lucro y economía, en la Administración Pública, debe ser vista con reservas y dentro de criterios de satisfacción de su objetivo principal, promover el bien común. La ley determina y vincula el administrador público, coaccionando conductas e indicando caminos precisos en su mister. No puede el responsable por la gestión de la cosa pública realizar todo que su voluntad determine, debe el estricta obediencia a la ley, a los límites del presupuesto y fundamentalmente a la Constitución de la República, bajo pena de acto de mala conducta administrativa y responsabilidad personal.

3 LA LEY DE LAS LICITACIONES: DISCUSIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

El Tribunal Superior del Trabajo, en la redacción anterior del Precedente 331, responsabilizaba la Administración Pública por el incumplimiento de las verbas laborales de los trabajadores contratados por outsourcing. Las decisiones del TST aplicaban, casi automáticamente, la responsabilidad de la Administración Pública – transformándola en una especie de garantía automática para el trabajador subcontratado.

El relatado entendimiento de TST evidentemente desagradaba los administradores públicos debido a muchas condenaciones y vaciado de dinero público derivado de los mismos. Y hasta cierto punto, evidenciaba contratos administrativos de prestación de servicios ilegales, mal hechos o simplemente realizados sin las garantías jurídicas, además de exponer la ausencia injustificada de fiscalización por la Administración Pública, del cumplimiento de los contratos públicos. La insatisfacción apuntada culminó con la presentación de una Acción Directa de Constitucionalidad (ADECON o ADC) que pretendía declarar constitucional el artículo 71, § 1° de la Ley de Licitaciones – lo cual no es posible culpar a la Administración Pública por las deudas laborales sin pagar por las prestadoras de

servicios junto a los trabajadores.

El artículo 71, § 1 de la Ley 8.666/93 prohíbe el reconocimiento de la responsabilidad entre la Administración Pública y proveedor de servicios de deudas laborales. Maurício Godinho Delgado opina sobre el dispositivo normativo antes mencionado:

Esta excepción hecha por la Ley de Licitaciones irrespetta, frontalmente, clásico principio constitucional que responsabiliza las entidades estatales (la regla de la responsabilidad objetiva del Estado por los actos de sus agentes, inculpada, hace décadas en la historia de las constituciones brasileñas). Similar principio constitucional de responsabilidad no sólo se ha mantenido en la Carta de 1988 (art. 37, § 6, CF/88) como incluso fue extendido por la nueva Constitución, abarcando mismo a las entidades jurídicas de derecho privado proveedoras de servicios públicos (§ 6 del artículo 37, CF/88)¹².

El arte. 71 de la Ley de Licitaciones afronta totalmente los valores inculpidos en la Constitución de 1988. Los principios constitucionales protectores del trabajo son violentamente destrozados frente al *desideratum* del legislador, una vez que crea una forma de exclusión de la responsabilidad de la Administración Pública en desacuerdo con la norma del texto constitucional. Sin embargo, por violación expresa del art. 1, III y IV de la Constitución, fundamentos de la República y elementos básicos de nuestra legislación. Como bien aclara Celso Antônio Bandeira de Mello:

Hay responsabilidad objetiva cuando basta para caracterizarla la simple relación causal entre un evento y el efecto que produce. Hay responsabilidad subjetiva cuando para caracterizarla es necesario que el comportamiento generador de daño revele deliberación en la práctica de la conducta prohibida o no cumplimiento indeseado de las normas de compromiso, atención o habilidad normales (culpa) *legalmente exigida*.

¹² DELGADO, Maurício Godinho. Solidariedade e subsidiariedade na responsabilização trabalhista. IN: AMATRA III. (Org.). *Temas de direito e processo do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 232.

bles, de tal manera que *el derecho de una o otra hipótesis resulta transgredido*. Así es siempre responsabilidad por la conducta ilegal cuando el Estado, debiendo actuar, y de acuerdo con ciertas normas, *no actúa o actúa insuficientemente* para evitar que el evento dañoso¹³.

Este dispositivo normativo citado, además de contrarrestar la dinámica y sistemática normativo-constitucional desentona de las predicciones de toda América Latina sobre el tema, según nos elucida Graciela Bensusán¹⁴:

En América Latina, existían reglas que supuestamente buscaban evitar la utilización de la intermediación y la subcontratación como un recurso para eludir las responsabilidades patronales. No se imponían hasta muy recientemente restricciones institucionales significativas a la expansión de tales prácticas que, por lo general, se consideraban legítimas. Aunque estas prácticas fueron impulsadas con diversas políticas sectoriales sobre todo a partir de los años noventa, en la actualidad varios países están endureciendo las reglas para contrarrestar los efectos adversos sobre los trabajadores, debido a las limitaciones de las regulaciones tradicionales frente a un fenómeno que há llevado a expandir en forma alarmante la precariedad laboral¹⁵.

Insatisfecho con las decisiones reiteradas del Tribunal Superior del Trabajo con el fin de hacer efectiva la responsabi-

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 992.

¹⁴ BENSUSÁN, Graciela. La subcontratación laboral y sus consecuencias: problemas de diseño institucional o de implementación? *Cuadernos de integración andina*. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejo consultivo laboral andino, n. 20, Diciembre 2007, p. 39-40.

¹⁵ En América Latina hay reglas que se supone que deberían evitar el uso del outsourcing y de las subcontrataciones como un recurso para evitar la responsabilidad del empleador. Hasta hace poco no había muchas restricciones institucionales impuestas a la expansión de las prácticas antes mencionadas, que hasta entonces se consideraban legítimas. Hasta que estas prácticas se extendieron por la política, especialmente en la década de los noventa, cuando las reglas se hicieron más estrictas para evitar daños a los trabajadores procedentes de la alarmante expansión de la precariedad del trabajo.

lidad subsidiaria sobre el outsourcing realizado por la Administración Pública, el Gobierno del Distrito Federal presentó en el Supremo Tribunal Federal la Acción Directa de Constitucionalidad¹⁶ (ADC) 16-9 juzgada en noviembre de 2010.

3.1 LA ACCIÓN DIRECTA DE CONSTITUCIONALIDAD

Antes incluso de entrar en el fondo de la decisión de la ADC, es necesario discutir el concepto, fundamento y finalidad de manera crítica para la comprensión de los efectos sea más amplio y más complejo. El análisis sólo de la decisión en sí misma no es fértil para producir el reflejo deseado.

André Ramos Tavares¹⁷, sobre la Acción Declaratoria de Constitucionalidad, alega que:

Celso Bastos indica el fundamento democrático de la acción directa de inconstitucionalidad, a diferencia de declaratoria, ya que la primera se presta como una consecuencia natural de la “línea de defensa del ciudadano contra el Poder Público”. Se podría decir que, en el caso de una acción declarativa de constitucionalidad, también hay idéntico fundamento democrático, ya que una ley, perfectamente legítima y de gran alcance social, puede no ser aplicada por el Ejecutivo con el argumento de que es inconstitucional. En estos casos, la acción de constitucionalidad se convierte en un instrumento al servicio del ciudadano y de la sociedad contra el incumpli-

¹⁶ En la descripción del diccionario del Supremo Tribunal Federal *amicus curiae*: Descripción: “Amigo de la Corte”. Intervención asistencial en los procesos de control de constitucionalidad por parte de entidades que tengan una representación adecuada para se manifestar en los registros sobre cuestión de la ley aplicable a la controversia constitucional. No son partes de los procesos; actúan tan interesados en la causa. Plural: *Amici curiae* (amigos del Tribunal). *Site do Supremo Tribunal Federal*. Disponible en: <www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>. *Acceso em 17 oct. 2011*.

¹⁷ Deseamos registrar nuestra inmensa admiración por el Prof. Dr. André Ramos Tavares, gran constitucionalista, investigador y una referencia obligada en Derecho Público. Las críticas son destinadas exclusivamente a citación en su libro.

miento de las leyes y por lo tanto contra el Estado de Derecho y la seguridad jurídica que de esto se espera¹⁸.

A pesar del esfuerzo por explicar el fundamento democrático para la Acción Declaratoria de Constitucionalidad (ADC o ADECON), *data venia*, la realidad indica lo contrario. Si el Ejecutivo se niega a aplicar la ley, por razones de inconstitucionalidad, basta sólo una acción común requiriendo la tutela específica para resolver el problema. Esta acción común es superiormente democrática a una ADC, porque el ciudadano es legitimado a proponer directamente a través del derecho de petición y de la protección constitucional a cualquier daño o amenaza a la ley.

Además, un análisis simple en el sitio virtual¹⁹ del Supremo Tribunal Federal desmonta el argumento de que “la acción directa de constitucionalidad se convierte en un instrumento al servicio del ciudadano y de la sociedad contra el incumplimiento de las leyes”, y que es utilizado en frente del Poder Ejecutivo. La gran mayoría de las Acciones Directas de Constitucionalidad se mueve por el Poder Ejecutivo, tales como la ADC n°16-9, presentada por el Gobierno del Distrito Federal y con *amici curiae* también miembros del Poder Ejecutivo. Así que si la ADC es realmente una herramienta para ser utilizada por el ciudadano ante el posible mal uso del Ejecutivo, o el mismo no podría ser legitimado a proponerla o tampoco figurar en la condición de *amicus curiae*.

Flávia Bahia Martins afirma que

El objetivo de esta acción es obtener del STF una decisión de naturaleza declarativa, cuanto a la constitucionalidad de una determinada ley o acto normativo federal sobre el cual hubo serios desacuerdos jurisprudenciales, de acuerdo con el art. 14, III, de la Ley No. 9.868/99, tornando lejos de esta manera, la inseguridad jurídica generada por la emisión de decisiones judiciales contradictorias con respecto a la ley o acto

¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 343.

¹⁹ www.stf.jus.br

normativo federal, que tienen a su favor una "presunción de constitucionalidad"²⁰.

Aplicar la ADC como instrumento de corrección de desacuerdos jurisprudenciales serios sobre la constitucionalidad de una ley federal o acto normativo federal parece más razonable y factible. Sin duda, este prisma de análisis, se trata de un instrumento útil. Aunque todavía seamos diferentes cuanto a su propósito.

En la Acción Declaratoria de Constitucionalidad el ejercicio del contradictorio no existe, una vez que, para tener juicio, el procedimiento consiste en recibir las razones del polo activo, recopilar información y admitir *amicus curiae*²¹. El efecto de la decisión que declara el objeto de la ADC constitucional es la imposibilidad de nueva discusión del dispositivo declarado constitucional.

Así, declarada la constitucionalidad de una ley, tendrá que completar la inadmisibilidad de que el Tribunal se ocupe, una vez más, de la medida de su legitimidad, salvo en caso de un cambio significativo en las circunstancias fácticas o cambio relevante en concepciones jurídicas dominantes²².

Muchas preguntas son posibles, pero tres argumentos serán resucitados centralmente en este trabajo.

El primer argumento es sobre la finalidad de una Acción Declarativa de Constitucionalidad. Presumidamente toda ley es constitucional, generando efectos hasta que sea retirada del ordenamiento jurídico o declarada inconstitucional. Así que no hay necesidad, en principio, de caracterizar como constitucional lo que ya es constitucional, presumidamente. De esta manera, la intención real en la obtención de una decisión declaratoria de constitucionalidad puede ser prevenir una posible Acción Declarativa de Inconstitucionalidad o tal vez hacer un disposi-

²⁰ MARTINS, Flávia Bahia. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 370.

²¹ Na ADC nº 16 há um elevado número de *amicus curiae*.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 363.

tivo inconstitucional convertirse constitucional²³, sin posibilidad de reversión.

El segundo argumento se basa en la imposibilidad casi absoluta, de los interesados resistir, directamente y por su propio acto, al intento de declaración de constitucionalidad.

En cuanto a la contradicción, si esto fuera comprendido como una discusión entre autor y demandado de un procedimiento judicial, no habrá, de facto, en el proceso de determinación de la acción declarativa. [...] El Supremo Tribunal, sin embargo, consideró que la enmienda constitucional que creó dicha acción, legitimando, así su uso²⁴.

Sin la existencia de argumentos contrarios, no hay proceso dialéctico. Sin proceso dialéctico, la síntesis (frase) se ve afectada. En esta condición, los ministros deben suponer, adivinar y/o imaginar todas las razones (explícitas e implícitas) y todas las posibles consecuencias derivadas de la declaración de constitucionalidad. Este ejercicio parece hercúleo, mucho más cuando el polo activo no dice las razones por las que quiere ver la ley declarada constitucional en su totalidad, omitiendo dolosamente su real intención.

El tercer argumento es la falta de discurso y participación social. En un sistema democrático y reeditado es curioso que un debate tan importante se adjunte a la persona en cuestión y al Supremo Tribunal Federal (STF). Por otra parte, teniendo en cuenta las consecuencias/efectos²⁵ de *decisum*, afectarán directa o indirectamente a miles de trabajadores. Desde el punto de vista de la democracia participativa, la ADC carece de legitimidad.

La única posición facilitadora y defensiva a los derechos sociales fundamentales es de la universalización de los conflic-

²³ Trata-se, apenas, de uma ideia teórica a ser aprofundada, quem sabe, num trabalho posterior.

²⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 345.

²⁵ Los efectos pueden ser de dos tipos. El primero es efecto *erga omnes* de la decisión, el segundo efecto es la predicción de efecto vinculante.

tos sociales, aumentando la posibilidad de participación de los interesados o de los órganos colectivos de protección, ya que:

[...] la noción de justicia social se basa en la idea de la participación, presentándose como principio esencial tanto del Estado Democrático del Derecho como del derecho laboral. Por este principio se propone la superación de las relaciones de coordinación y subordinación a favor de la integración. La verdadera democracia no es paternalista, sino que permite a los ciudadanos participar en todos los niveles de la vida social, las empresas y los partidos políticos. Vale la pena mencionar que el trabajador solamente ejercerá la plena ciudadanía si participar tanto de la vida de la empresa como de los sindicatos y otras entidades que actúen en su esfera de interés²⁶.

Sólo en esta perspectiva pluralista y democrática, es posible construir un sustrato sólido capaz de nutrir la práctica efectiva del respeto a los derechos sociales fundamentales. La garantía de la participación ciudadana en el proceso de la discusión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes es la única forma viable de construir una democracia real. Por tanto, no basta la protección individual, pero es indubitable reconocer que sólo la dimensión de protección colectiva y su práctica sedimentación podrán garantizar un avance democrático de validación de las normas.

3.2 LA DECISIÓN DEL STF EN ADECON 16-9

El Supremo Tribunal Federal²⁷, en ADECON 16-9, decidió por la constitucionalidad del art. 71 de la ley de licitaciones, pero esto no significó la exclusión de responsabilidad de la

²⁶ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A teoria da justiça e o direito do trabalho. IN: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (org.). *Curso de direito do trabalho*. Teoria geral do direito do trabalho. Vol. 1. São Paulo: LTr, 2007, p. 179.

²⁷ Pendiente en el STF la ADC nº 26 sobre el art. 25, § 1 de la Ley General de Concesiones (Ley 8.987/1995). La ABRADDEE objetiva subcontratar las actividades básicas, especialmente la comercialización de electricidad.

Administración Pública, así como analiza José Roberto Freire Pimenta:

[...] El Supremo Tribunal Federal absolutamente no reconoció, con base en aquella disposición legal como pretendían cientos de entidades públicas que actuarón como interesados en los registros de la Acción Directa de Constitucionalidad, la total imposibilidad de condenarlos a responder de una manera subsidiaria por deudas laborales de los contratados que prestan servicios a través de los trabajadores subcontratados - sólo se condicionó esa condenación a la apuración, a la luz de las pruebas y circunstancias de cada caso concreto, de la culpa de la entidad pública demandada por incumplimiento de las obligaciones laborales²⁸.

Por lo tanto, es evidente que el STF decidió, de hecho, no ser posible responsabilizar responsable de la administración pública de forma automática. En el mismo sentido, Antônio Alves da Silva²⁹, Francisco Ferreira Jorge Neto y Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante:

La adjudicación de la constitucionalidad del art. 71 por el STF no implica una afirmación inexorable que la Administración Pública es inmune de responsabilidad subsidiaria sobre los derechos laborales pendientes de pago de los empleados de la empresa suministradora.

En otras palabras, la responsabilidad será impuesta si, al realizar un examen cuidadoso de cada afirmación, haber culpa de la entidad pública contratista cuanto al incumplimiento de los derechos laborales por parte del proveedor en relación a sus empleados. No se puede olvidar que la Administración Pública responda por los daños que sus agentes causaren a terceros, garantizado el derecho de regreso contra el responsable en caso de fraude o negligencia (art. 37, § 6,

²⁸ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, n. 7, p. 775 a 791, jul. 2011.

²⁹ SILVA, Antônio Alves. Responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, nº 3, p. 271 a 275, março 2011.

CF)³⁰.

Análisis de una decisión sobre el tamaño y el contenido de la ADC 16-9 no soporta la superficialidad de la afirmativa o negativa de constitucionalidad del art. 71, pero debe residir en debate en profundidad sobre las consecuencias jurídicas y su intrincada y efectos. El contenido de la decisión indica la aceptación del STF de la tesis de constitucionalidad del art. 71 de la ley de licitaciones públicas, explicando una claridad solar que no puede ser directamente responsable, ya que en caso de culpa (*lato sensu*), la Administración Pública puede ser considerada responsable.

Es posible encontrar muchos artículos³¹, la mayoría de ellos de fiscales federales, pregonando que el STF decidió que la Administración Pública no puede ser responsable en ningún caso, por los contratos de outsourcing. Tal vez, en su afán profesional de librar la Administración Pública de su responsabilidad en caso de avería, los datos pertinentes y piezas preciosas de la decisión del STF se han ignorado o subestimado. Después de todo, el razonamiento de las decisiones de tal importancia que tiene el *status* jurídico propio de la topografía de los derechos y garantías constitucionales.

Recientes sentencias³² del Tribunal Superior del Trabajo muestran el pleno respeto al contenido de la discusión legal y decidida por el Supremo Tribunal Federal:

³⁰ JORGE NETO, Francisco Ferreira & CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, nº 3, p. 276 a 281, março 2011.

³¹ Algunos de ellos están disponibles en la Revista Electrónica Jus Navigandi - www.jus.com.br y Revista Eletrônica Âmbito Jurídico - www.ambito-juridico.com.br.

³² Citamos, como ejemplos, las sentencias RR - 137100-17.2002.5.11.0900, Ministro Relator: Luiz Felipe Vieira de Mello Filho, Fecha de Sentencia: 26/09/2011, 1ª Clase, Fecha de publicación: 30/09/2011 y RR - 12398-94.2010.5.04.0000, Relator del Gobierno, María de Assis Calsing, Fecha de Sentencia: 14/09/2011, 4ª Clase, Fecha de publicación: 23/09/2011.

RECURSO DE REVISTA - FIOCRUZ – COOPERATIVO DE TRABAJO – CONTRATACIÓN FRAUDULEN-
TA – RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE ENTIDAD
PÚBLICA - CULPA IN VIGILANDO – OCURRENCIA EN
LA HIPOTESIS DE LOS AUTOS - ARTS. 58, III, E 67, E
CÁPITA § 1 DE LA LEY N ° 8.666/93 – INCIDENCIA. La
responsabilidad de la entidad pública no tiene ninguna rele-
vancia con lo dispuesto en el art. 71 de la Ley 8.666/93 (obje-
to de declaración de constitucionalidad en la ADC n°16/STF),
que se deriva de su propia negligencia en la observancia de
las normas que regulan la entrada de personal en el servicio
público. Cabe aclarar que el STF, al juzgar la ADC n° 16y
considerar el art. 71 de la Ley n° 8.666/93 constitucional con
el fin de sellar la responsabilidad de la Administración Públi-
ca por los impuestos laborales adeudados por el proveedor de
servicios en los casos de incumplimiento de las obligaciones
por el ganador de una licitación, se refirió, obviamente, a la
obras y servicios contratados a través de una licitación para la
administración pública. Eso es porque, cuando se haga refe-
rencia al incidente en el outsourcing incidente sobre la activi-
dad de la Administración Pública, el STF tuvo el entendi-
miento de que, en los casos en que quedar demostrada la cul-
pa *in vigilando* la entidad estatal (incluyendo en este concep-
to, los organismos y entidades de la Administración Pública
directa e indirecta), viable se convierte su responsabilidad por
los encargos a pagar al empleado para que en esta situación,
responderá por su propia negligencia. Por culpa *in vigilando*
entiende que la postura pasiva de la Administración Pública,
que deja de exigir del proveedor de servicios o demostrativo
relativo al cumplimiento de los deberes laborales, para aplicar
en caso de renuencia, las sanciones previstas en el art. 87 de
la Ley n° 8.666/93 y rescindir el contrato, en la forma de los
arts. 77 y 78 de la misma ley. En hipótesis de los autos, la re-
currente contrataba personal a través de cooperativas que sólo
tenía por objeto suministrar mano de obra a otra parte del pac-
to, destacando la ausencia de cualquier elemento que caracte-
riza el fenómeno cooperado. El Tribunal Regional resaltó el
incumplimiento del deber de la recurrente en fiscalizar la eje-
cución de los contratos de trabajo, en particular el debido
cumplimiento de las obligaciones derivadas de los mismos.
Así, visto que la entidad pública no ha cumplido con su obli-

gación de fiscalizar el debido cumplimiento de las obligaciones contraídas por mano de obra contratada, no quedó demostrada la satisfacción de la obligación impuesta en los arts. 58, III, y 67 de la Ley n° 8.666/93 (cargo que incumbe a la entidad pública, por si tratar de facto impeditivo de recepción de la pretensión autoral), requiere el mantenimiento de la sentencia regional, debido a la existencia de culpa *in vigilando* por la Administración Pública, sin tener que pensar, pues, en su responsabilidad por el mero incumplimiento de las obligaciones contraídas por aquel que firma contrato y la ejecución de los servicios y de obras públicas con el Estado (que permaneció sellado en la resolución dictada en dicha ADC n°. 16). Recurso de revista no conocido³³.

Por lo tanto, de acuerdo con la decisión del STF en la ADECON 16-9 - DF, la Administración Pública sólo puede ser responsable de manera subsidiaria caso sea probada la culpa *in eligendo* y/o culpa *in vigilando*, no cabiendo la aplicación de la responsabilidad por mero incumplimiento de las verbas laborales por la empresa interviniente. La comprobación da culpa *in eligendo* dependería de la existencia de cualquier defecto en la licitación y la culpa *in vigilando* algún fallo de supervisión / fiscalización del desarrollo del servicio.

La posición adoptada por los Ministros de STF corresponde, en la práctica, al valor real de la función constitucional asignada al Tribunal Superior del Trabajo - TST. Esto, a su vez, tiene el papel principal en el análisis fáctico de las cuestiones del Derecho Laboral³⁴.

³³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 61600-71.2008.5.01.0007, Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; data de Julgamento: 17/08/2011; 1ª Turma; data de Publicação: 26/08/2011. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mai. 2012.

Tribunal Superior del Trabajo. RR - 61600-71.2008.5.01.0007, Relator Ministro Luiz Felipe Vieira de Mello Filho, Fecha del juicio: 17/08/2011, 1ª Clase; Fecha de publicación: 26/08/2011. Disponible en: <www.stf.jus.br>. Acceso el 30 de mayo 2012

³⁴ MALAQUIAS, Marcos dos Santos Araújo. *Inadimplemento trabalhista e julgamento da ADC n° 16/DF. Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2750, 11 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18244>>. Acesso em: 17 dez. 2011.

Parece poco probable que esta verificación sea realizada por trabajador subcontratado, ya que no tiene acceso a toda la documentación sobre contrato de la compañía interviniente con el Poder Público. La aplicabilidad del principio de aptitud probatoria sería recomendable, ya que el trabajador no sería capaz de producir tal prueba. "Hoy en día, se ha mitigado el rigor de las normas [...], cuando el juez delante del caso, verificar la existencia de dificultades para el trabajador para descargar el *onus probandi*"³⁵.

El principio de aptitud de la prueba se desprende directamente de los deberes de colaboración e información. Ninguna de las partes puede restar la información que está disponible para el análisis de las proposiciones presentadas en Juicio, deber ético que se impone en todas las etapas del proceso. [...] Contrariamente a lo que a veces se mantiene el principio de la aptitud de prueba no es un cambio en las reglas de distribución de la carga probatoria, pero sólo una consecuencia lógica de estas normas³⁶.

Por otra parte, la propia ley de licitaciones en múltiples dispositivos, caracteriza el deber de fiscalización de los contratos administrativos. Es

[...] El deber del Administrador de fiscalizar tanto en la celebración del contrato, como en su ejecución, por lo que su acción o inacción conduce inexorablemente, como consecuencia, la obligación de reparar los daños causados por su negligencia en el cumplimiento del deber constitucional y legal impuesto³⁷.

Por lo tanto, sería el deber de la Administración Pública comprobar que actuó vigilantemente y demostrar que el proce-

³⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 72.

³⁶ SANTOS, José Aparecido dos. Teoria geral das provas e provas em espécie. IN: CHAVES, Luciano Athayde (organizador). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, p. 554 a 628, p. 612.

³⁷ BRAMANTE, Ivani Contini. *A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2784, 14 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18479>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

so de licitación fue cumplido formalmente y materialmente, pudiendo responder subsidiariamente.

En el outsourcing ilícito entendemos que la prueba que prescinde comprobación de culpa, pues

[...] la entidad pública que, junto con el falso empleador de esos trabajadores, haber cometido ilegalidad flagrante, no eludirá la acción de respuesta a la violación de los derechos laborales de los demandantes, a pesar de que no es posible reconocer el vínculo empleo³⁸.

El Poder Público, en caso de outsourcing de la actividad o fraude comprobada en el proceso de licitación, responderá por las deudas laborales, independientemente de comprobación de culpa, pues la ilegalidad de sus actos, por sí mismo, evidencia comprobación de vileza de que no podrá beneficiarse.

El outsourcing en el servicio público, aunque se considere ilícito, nunca tendrá como consecuencia la contratación de personal en el servicio público. En este caso, ocurrirá sólo la contratación irregular de personal³⁹. Esto implicaría la nulidad

³⁸ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n° 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, n. 7, p. 775 a 791, jul. 2011.

³⁹ Precedente 363 del TST: La contratación de un funcionario público, después de CF/1988 sin la aprobación previa de un concurso público, encuentra obstáculo en su art. 37, II, § 2, sólo dándole derecho al pago de la contraprestación acordada en relación con el número de horas de trabajo, respetado el valor del salario mínimo y de los valores de los depósitos del FGTS. (BRASIL, 2003).

Orientación Jurisprudencial N° 383 SDI - 1 TST: OUTSOURCING. EMPLEADOS DE LA EMPRESA PROVEEDORA DE SERVICIOS Y DE LA PRESTATARIA. IGUALDAD. ART. 12, "A", DE LA LEY N° 6019, DE 03/01/1974. La contratación de trabajadores en situación irregular, a través de la empresa intermediaria, no genera vínculo de empleo con la Administración Pública, no alejando, sin embargo, por el principio de igualdad, el derecho de los trabajadores subcontratados a las verbas de trabajo legales y regulatorias asegurados los servicios contratados por los prestatarios desde que presente la igualdad de las funciones. Aplicación

del acto de la contratación, sin ningún efecto legal de ningún tipo. Sin embargo, debido infungibilidad del servicio prestado y el escándalo que provocaría la Administración Pública darse el gusto con el trabajo de otros sin contra prestar, está el excepcional efecto o consecuencia de ser debido su pago de los salarios y del Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio⁴⁰.

4 LAS CONCESIONARIAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS E LA POSICIÓN ACTUAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL TRABAJO

Las hipótesis de outsourcing lícito son: trabajo temporario, transporte de valores, vigilancia patrimonial, actividades de conservación y limpieza, y todas las actividades de la empresa prestataria o cliente, además de los mencionados outsourcing realizados en actividad fin del tomador, con permiso expreso legal y del outsourcing en la Administración Pública.

Las posibilidades de outsourcing ilegal son las no encuadradas en las leyes y lo precedente 331 del TST. La figura jurídica del empleo debe ser protegida y valorada por expresa disposición constitucional. Y, por lo tanto, el legislador debe abstenerse de crear reglas que permitan la actividad de outsourcing en actividad fin, una vez que esto sería abusivo y limitador de la incidencia de los derechos sociales básicos. La situación se vuelve aún más abusiva y materialmente inconstitucional, cuando el proceso discursivo de formación de la norma es realizado sin gran publicidad y huérfano de medios eficaces de participación popular.

análoga del art. 12, "a", la Ley N° 6019, de 03.01.1974. (BRASIL, 2011)

⁴⁰ Sérgio Pinto Martins cree que no debería haber ningún pago para los trabajadores con vínculo irregular con la Administración Pública (MARTINS, 2009, p. 250). Sin embargo, ninguna opinión en el sentido de que, en virtud del principio de la dignidad humana y de la esgrima de regresión social, debería ser pago al contratado irregularmente todo en virtud del período de prestación de servicio (ALBUQUERQUE, 2010).

El problema más común en la caracterización de la licitud o ilicitud del outsourcing es la distinción entre medios de actividad (outsourcing legal) y la actividad final (outsourcing ilegal). Actividad fin⁴¹ está conectada a la finalidad de la empresa, al objetivo de la producción empresarial o prestación de servicios. Es una actividad indispensable, sin la cual la propia empresa pierde su utilidad. Es aquella actividad que acaso retirada del entorno empresarial impone el final de la actividad.

Para análisis de la actividad fin, el principio de la primacía de la realidad debe ser ampliamente utilizado, impidiendo fraudes en el marco normativo de protección, en conformidad con el artículo 9 de la CLT⁴². Podría usar analógicamente el art. 581, § 2 de la CLT que nos trae una buena definición de la actividad fin: "[...] se entiende por la actividad principal que caracteriza a la unidad de producto, operación o meta final, cuyo logro para todas las demás actividades convergen exclusivamente bajo la conexión funcional".

Acaso la actividad fin podría ser de libre subcontratada, ninguna empresa contrataría más empleados directamente, de todos modos la intermediación aporta numerosas ventajas, entre las cuales la ausencia, a priori, de pasivo laboral.

La búsqueda del pleno empleo⁴³, principio constitucional

⁴¹ La actividad fin generalmente viene descrita en el objeto del contrato social de la empresa. Sin embargo, la diversificación de los negocios y la relevancia del mercado es posible que el contrato social está reñida con la actividad principal de hecho, cuando se favorece la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre el tema.

⁴² El artículo 9 del Código del Trabajo - automáticamente anulará los actos realizados con el fin de distorsionar, evitar o eludir la aplicación de los preceptos contenidos en esta consolidación. (BRASIL, 1943).

⁴³ Sobre este principio hay un excelente trabajo académico publicado en Compedi. SANTOS, Roseli Rego. O princípio da busca do pleno emprego como aplicação da função social da empresa na lei de falências e recuperação de empresas. Anais Compedi. Disponible en: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf>. Acceso 08 de octubre 2011.

(art. 170, VIII), y el principio de continuidad de la relación laboral estarían condenados a letra muerta, si actividades fines podrían ser subcontratadas libremente. El argumento de que las empresas de servicios tienen numerosos contratos y que los trabajadores sólo dejarían un contrato y recaerían en otro, *permissa venia*, parece extravagante. Tal vez algunas de estas empresas, de hecho, tienen numerosos contratos de servicios, sin embargo, el empleado siempre estaría sujeto a los riesgos de la actividad económica, sea el contrato de mantenimiento de los servicios de su empleador, el éxito de licitación y la existencia de nuevos contratos, y una de las características de la fianza de empleo es la alteridad que estaría siendo confrontado durante el día y noche.

El outsourcing de la actividad fin, de forma permanente - en función explícita - que sería imposible, ya que tendría como objetivo evitar o eludir el cumplimiento de las leyes laborales, lo que generaría la nulidad de pleno derecho de la disposición por disposición expresa contenida en el art. 9 de la CLT.

La fracción II del artículo. 94 de la Ley 9.472/97, la Ley General de Telecomunicaciones, ha sido objeto de muchas discusiones hermenéuticas, *in verbis*:

Art. 94. En cumplimiento de sus deberes, el concesionario podrá, sujeto a las condiciones y limitaciones establecidas por la Agencia:

[...]

II - contratar con terceros para el desarrollo de actividades conexas, accesorias o complementarias al servicio, así como la implementación de los proyectos asociados⁴⁴.

La disposición legal permite la contratación de outsourcing para el desarrollo de “actividades conexas, accesorias o complementarias al servicio”. La discusión interpretativa repo-

⁴⁴ BRASIL, Ley 9.472/97, de 16 de julio de 1997. Ley General de Telecomunicaciones. Dispone sobre la organización de los servicios de telecomunicaciones, la creación y el funcionamiento de un regulador y otros aspectos institucionales, en términos de la Enmienda Constitucional n° 8, 1995. Disponible en: <www.planalto.gov.br>. Acceso el 29 de mayo 2012.

sa sobre las “actividades inherentes” y su significado. En el marco legal del tema, está claro que están autorizados a través del outsourcing en actividades, ya que son inherentes, accesorias o complementarias a los servicios desarrollados. La duda establecida se refiere a la tendencia interpretativa que considera "actividad inherente " significa actividad final⁴⁵. Sin embargo, el entendimiento de que hay autorización para subcontratar actividad fin no es aceptada por el Tribunal Superior del Trabajo, como algunos juzgaron:

OUTSOURCING ILEGAL. ACTIVIDAD FIN DE LA EMPRESA CONTRATANTE. El entendimiento de la quinta turma y mayoría de esta Corte es que es ilegal el outsourcing de la actividad fin. Recurso de revista de que no se conoce⁴⁶. [...]

RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE TRABAJO. OUTSOURCING ILEGAL. ACTIVIDAD FIN DE LA EMPRESA CONTRATANTE. CONCESIONARIA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES. CALL CENTER. ACTIVIDAD FIN. OUTSOURCING ILEGAL. Es inviable el conocimiento de recursos de revista por divergencia de arestos presentados ya que la decisión recurrida es conforme con el precedente nº 331, I, del TST (art. 896, § 4º, de la CLT y Precedente nº 333 del TST). El art. 94, II, de la Ley 9.472/97 no fue violado, porque no se puede concluir que, al establecer que los “con terceros el desarrollo de actividades conexas, accesorias o complementarias para el servicio, así como la ejecución de proyectos asociados”, es autorizar el outsourcing de servicios inherentes a la actividad fin de las empresas de telecomunicaciones, de lo contrario herir lo dispuesto en el art. 170, caput, VIII, de la Constitución, ya que el intermediación de servicio en área fin de las empresas de tele-

⁴⁵ OLIVEIRA, Maria Fernanda Pereira de. Del proceso de outsourcing en las empresas de telecomunicaciones. La posibilidad de subcontratar la actividad fin. Inaplicabilidad del precedente 331, III, el TST. Inteligencia de la Ley General de Telecomunicaciones. Jus Navigandi, Teresina, año 13, no. 1702, 28 febrero 2008. Disponible en: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10995>>. Acceso el: 26 de abril 2011.

⁴⁶ Proceso Nº TST-RR-57800-86.2007.5.01.0066. Tribunal Superior del Trabajo. Órgano juzgador: 5ª turma. Publicado en DEJT el 14/10/2011.

comunicaciones culminaría con la devaluación del trabajo humano y el compromiso en la búsqueda del pleno empleo. La constatación de la Regional, de que las actividades realizadas por el demandante se inserían dentro de la actividad fin del solicitante, encuentra apoyo en el art. 3 de la Ley nº 9.472/1997, que dispone sobre los derechos del usuario de servicios de telecomunicaciones, determina, en su apartado IV, que el usuario tiene derecho a la “información adecuada sobre las condiciones de estos servicios, sus tarifas y precios”. Evidente, por tanto, que las actividades de la demandante eran esenciales para el funcionamiento de la empresa, ya que las informaciones sobre las condiciones del servicio, las tarifas y los precios constituyen el conjunto de derechos de usuario, que es el destinatario de los servicios prestados por TIM MÓVIL. Incidencia del art. 896, § 4, la CLT y Precedente nº 333 precedente de esta Corte. Recurso de revista que no se conoce⁴⁷.

RESPONSABILIDAD SECUNDARIA. ENTIDAD PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. En virtud del artículo 71, § 1º, de la Ley nº 8.666/93, la Administración Pública no responde por la deuda laboral sólo en caso de mero incumplimiento por parte de la empresa proveedora de servicios, lo que no excluye su responsabilidad por la observación de la presencia de la culpa, especialmente a la luz del fracaso de otras normas legales. Tal entendimiento fue firmado por el Supremo Tribunal Federal cuando del juicio de la ADC nº 16 en 24.11.2010. En la hipótesis del archivo, hay registro expreso sobre la culpa de la entidad pública para dar lugar a su responsabilidad subsidiaria. Incidencia del Precedente nº 331, IV y V. Recurso de revista no conocido⁴⁸. [...]

La interpretación de la jurisprudencia laboral sobre el referido y dicho dispositivo es que “las actividades inherentes, accesorias o complementares” quiere decir actividad medio. Hay una clara tendencia jurisprudencial rebalsaba en la com-

⁴⁷ Proceso Nº TST-RR-66800-44.2009.5.03.0112. Tribunal Superior del Trabajo. Órgano juzgador: 5ª turma. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Publicado en DEJT el 14/10/2011.

⁴⁸ Proceso Nº TST-RR-134200-39.2009.5.04.0018 Órgano juzgador: 2ª Turma, Relator: Min. Caputo Bastos. Publicado no DEJT em 16/09/2011.

prensión de que el outsourcing de la actividad fin es ilegal, salvo expresa y inequívoca disposición legislativo en este sentido. Del mismo modo, deberá ser la comprensión del Tribunal Superior de Trabajo sobre el art. 25, § 1° de la Ley 8.987/95 que se refiere a las concesionarias del servicio público:

Artículo 25. Corresponde al concesionario la ejecución del servicio concedido, y deberá responder por todos los daños causados a la entidad concedente, a los usuarios o a terceros, sin la supervisión ejercida por el órgano competente excluya o atenúe esa responsabilidad.

§ 1 Sin perjuicio de la responsabilidad que se refiere el presente artículo, el concesionario podrá contratar con terceros el desarrollo de *actividades inherentes, accesorias o complementares* al servicio concedido, así como la implementación de proyectos asociados. (subrayado nuestro)

El texto está asimilado y casi idéntico a la ley de telecomunicaciones. Esta similitud implica adoptar la misma adopción usada para el sector de las telecomunicaciones⁴⁹ por el Tribunal Superior de Trabajo⁵⁰.

⁴⁹ La comprensión hermenéutica del TST es que las Leyes 8.987/95 y 9.472/97 no contienen en sus textos, la autorización para subcontratar la actividad final. Sin embargo, las concesionarias de servicios públicos no aceptan esta interpretación y se han utilizado todos los instrumentos jurídicos existentes para lograr su intención de subcontratar libremente sus actividades finales. A modo de ejemplo, podemos citar la tramitación, en el STF, de la ADC ° 26 presentada por la Asociación Brasileña de Empresas Distribuidoras de Electricidad (ABRADEE), cuyo objetivo es ver declarado constitucional el art. 25, § 1 de la Ley General de Concesiones (Ley 8.987/1995). El objetivo, claramente demostrado, es la de subcontratar actividades principales, la comercialización de electricidad. La solicitud de una medida cautelar para evitar que las acciones civiles públicas fue negado por el Mín. Ricardo Lewandowski. Hay, también, la denuncia N ° 11256 STF que cuestiona que el Tribunal Regional de la 3ª Región (Minas Gerais) viola el precedente vinculante n° 10 del STF al alejar la incidencia de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9.472/97) y considerar ilegal el outsourcing de la actividad de *call center*, sin analizar la inconstitucionalidad.

⁵⁰ LLAMAMIENTO DE INSTRUMENTO DE LA RECLAMADA CLARO SA. RITE ACELERADA. INTERMEDIACIÓN DE MANO DE

5 CONSIDERACIONES FINALES

El yeso del desarrollo económico no es el propósito del sistema legal, ni tampoco su sobrevaloración en contra de los intereses de la sociedad. El equilibrio arduo y delicado entre el outsourcing y el mantenimiento de condiciones de trabajo dignas depende de los aspectos jurídicos y meta jurídicos de los más diversos. El desarrollo económico no debe ser comprendido únicamente como aumentos de divisas y superávits, sino también aumentar el índice de desarrollo humano (IDH) y la inclusión social.

En el citado contexto, el principio constitucional de la dignidad humana orienta la aplicación del justo, en una superación de validez solamente formal de la norma⁵¹, debiendo el outsourcing ser apropiado a la dignidad de la persona humana, eliminando las causas por las cuales los derechos sociales fundamentales de los trabajadores son violados mediante este modelo de contratación. Esta, seguramente, es la única manera de conciliar los derechos de outsourcing y socio fundamental. Por lo tanto, la única manera de permanecer en nuestra estructura legal outsourcing.

“Los derechos sociales, como los derechos de la segunda dimensión, hay que recordar, son aquellos que obligan al Poder Público un papel positivo, una forma activa de aplicación de igualdad social de los ineptos.”⁵². A pesar del alcance protector constitucional de los derechos sociales, sin lugar a dudas, los principales beneficiarios son los menos desfavorecidos econó-

OBRA. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES. (AIRR - 1764-39.2010.5.03.0106. 6ª Turma. Relator Min. Augusto César Leite de Carvalho. Publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 25/11/2011).

⁵¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

⁵² TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 827.

micamente, ya que la satisfacción de sus necesidades es una exigencia del principio de la dignidad humana⁵³, una garantía de mínimo existencial⁵⁴.

El nivel mínimo de la civilización⁵⁵ o mínimo existencial laboral es un concepto que se molda a la vida social, necesariamente. "Este es un desafío a la comprensión de los derechos fundamentales: tomarles como algo permanentemente abierto, ver la propia Constitución formal como un proceso continuo, y por lo tanto cambiante de afirmación de la ciudadanía"⁵⁶.

Las políticas públicas, *latu sensu*, entienden los beneficios positivos que provienen de los poderes del Estado, y cada uno de ellos tiene el deber de implantar sus medidas de estímulo, preservación y debido cumplimiento del Estado en relación con inepto. En el artículo 6 de la Constitución se caracterizan por ser derechos sociales de cinco naturalezas distintas: laborales, de la seguridad social, económicas, culturales y públicas. Además de estos, hay otros artículos en el texto constitucional que abordan estos temas por definir y demarcar donde los aspectos de las políticas públicas deben actuar y beneficiar al ciudadano. Es por tanto un proyecto emancipador.

Es imprescindible adoptar medidas de protección adecuadas y eficaces que aseguren condiciones dignas de trabajo y

⁵³ "El hombre, y un general, todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como un medio para el uso arbitrario de esta o aquella voluntad. Más bien, en todas sus acciones, tanto en las que se dirigen a él mismo como en las que se dirigen a otros seres racionales, él tiene siempre que ser considerado al mismo tiempo como un fin". (KANT, 2003, p. 68).

⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 231.

⁵⁵ A expressão "patamar mínimo civilizatório" é de Maurício Godinho Delgado.

⁵⁶ CARVALHO NETTO, Menelick. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*. IN: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 145.

el respeto por los derechos laborales mínimos. En este contexto, “podemos avanzar en la construcción de un mundo del trabajo que, a la atención a la modernidad, no deje de concentrarse en la dimensión humana de su trabajo, centro y fin de toda actividad productiva”⁵⁷.

Como dijo Pontes de Miranda

No hay nada más peligroso do que hacer la Constitución, sin propósito de cumplirla. O de sólo si cumplir en los principios y lo que se necesita, o si entiende, deben ser cumplidos - lo que es peor (...) en este momento, sobre la Constitución que, con razón o sin ella, está hecha, lo que nos incumbe a nosotros, líderes, jueces e intérpretes, es cumplirla. Sólo entonces sabremos para que sirvió y a que no sirvió, ni sirve. Si a nada sirvió en algunos puntos, que se modifique, si revise. Si algún punto no sirve para nada, que si corte esta pieza inútil. Si algún bien público no sirve, que pronto si elimine. Pero sin cumplir, no sabemos nada. No sabemos nada, no hay nada que podamos hacer para merecer crédito. No cumplirla es estrangularla al nacer⁵⁸.

Es necesario asumir un compromiso para conciliar outsourcing, sus efectos y consecuencias con el texto constitucional. Los conflictos existentes deben resolverse con la preservación de los valores constitucionales, sellando retrocesos sociales y ampliando el alcance y la eficacia de los derechos fundamentales. Poseer un texto constitucional único punto de vista válido es negar la aplicación a la propia Constitución Federal.

⁵⁷ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Audiência Pública. Reunião no TST mudou rumos da formação jurisprudência. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-out-26/audiencia-publica-tst-mudou-rumos-jurisprudencia-terceirizacao?pagina=5>. Acesso em 08 dez. 2011.

⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com Emenda nº 1 de 1969*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 15-16.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Raúl de Araújo. Súmula 363 fere a nova ordem constitucional. *Consultor Jurídico*. 07 mai. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-07/sumula-363-tst-fere-principios-realidade-constitucional>>. Acesso em 17 out. 2011

AMICUS CURIAE - "Amigo da Corte". Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. Plural: *Amici curiae* (amigos da Corte). *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>. Acesso em 17 out. 2011.

ANAMATRA. Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho de 23/11/2007 Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/novidades/1jornadadedireiro.pdf>> Acesso em 29 mai. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENSUSÁN, Graciela. La subcontratación laboral y sus con-

secuencias: problemas de diseño institucional o de implementación? *Cuadernos de integración andina*. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejo consultivo laboral andino, n. 20, Diciembre 2007, p. 39-40.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 29 mai. 2012.

_____. Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 29 mai. 2012.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Proclamada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 29 mai. 2012.

_____. Lei Complementar 82 de 27 de março de 1995. Disciplina os limites das despesas com o funcionalismo público, na forma do art. 169 da Constituição Federal. (Lei Camata). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 29 mai. 2012.

_____. Lei nº 9.472/97, de 16 de julho de 1997. Lei Geral de Telecomunicações. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 29 mai. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 363. Res. 97/2000, DJ 18.09.2000 - Republicação - DJ 13.10.2000 - Republicação DJ 10.11.2000 - Nova Redação - Res. 111/2002, DJ 11.04.2002 - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003. Contratação de Servidor Público sem Concurso - Efeitos e Direitos. Disponível

em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0361a0390.htm. Acesso em 29 mai. 2012

RR - 61600-71.2008.5.01.0007. Órgão julgador: 1ª Turma; Relator: Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; data de Julgamento: 17/08/2011; data de Publicação: 26/08/2011. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em 30 mai 2012.

OJ-SDI1-383. Terceirização. Empregados da empresa prestadora de serviços e da tomadora. Isonomia. Art. 12, “A”, da Lei Nº 6.019, DE 03.01.1974 (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em 30 mai. 2012.

Processo Nº TST-RR-57800-86.2007.5.01.0066. Órgão julgador: 5ª turma. Publicado no DEJT em 14/10/2011.

Processo Nº TST-RR-66800-44.2009.5.03.0112. Órgão julgador: 5ª turma. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Publicado no DEJT em 14/10/2011.

Processo Nº TST-RR-134200-39.2009.5.04.0018. Órgão julgador: 2ª Turma. Relator: Min. Caputo Bastos. Publicado no DEJT em 16/09/2011.

BRAMANTE, Ivani Contini. *A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização. Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2784, 14 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18479>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*. IN: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

- DELGADO, Maurício Godinho. Solidariedade e subsidiariedade na responsabilização trabalhista. IN: AMATRA III. (Org.). *Temas de Direito e Processo do Trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- GIGLIO, Wagner. Terceirização. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, nº 4, p. 391 a 394, abril 2011.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira & CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, nº 3, p. 276 a 281, março 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2003.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- LUQUES, Ione. Mercado de concursos, aquecido, movimentado cerca de R\$ 30 milhões por ano. *O Globo*. 03/05/2010. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/emprego/mercado-de-concursos-aquecido-movimentado-cerca-de-30-milhoes-ao-ano-no-pais-3015289>>. Acesso em 24 mai. 2012.
- MALQUIAS, Marcos dos Santos Araújo. *Inadimplemento trabalhista e julgamento da ADC nº 16/DF. Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2750, 11 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18244>>. Acesso em: 17 dez. 2011.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Audiência Pública. Reunião no TST mudou rumos da formação jurisprudência. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-26/audiencia-publica-tst-mudou-ru-mos-jurisprudencia-terceirizacao?pagina=5>>. Acesso em 08 dez. 2011.

- MARTINS, Flávia Bahia. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- _____. Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Comentários às súmulas do TST*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com Emenda nº 1 de 1969*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 15-16.
- PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, n. 7, p. 775 a 791, jul. 2011.
- SANTOS, José Aparecido dos. Teoria geral das provas e provas em espécie. IN: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, p. 554 a 628.
- SILVA, Antônio Álvares. Responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, nº 3, p. 271 a 275, março 2011.
- SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A teoria da justiça e o Direito do Trabalho. IN: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho*. Teoria Geral do Direito do Trabalho. Vol. 1. São Paulo: LTr, 2007.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva,

2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.