

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO V – NÚMERO IX

2º SEMESTRE 2019

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO V, Nº IX, 2º SEM. 2019



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: revistaconsinter.com

E-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00009.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação

ANO V – NÚMERO IX

2º SEMESTRE 2019

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

Porto
Editorial Juruá
2019

Instruções aos Autores

Revista Internacional CONSINTER de Direito

1. DAS PUBLICAÇÕES

Para publicação na Revista Internacional CONSINTER de Direito os artigos científicos serão avaliados pelo sistema *double blind review*, no qual dois Pareceristas do CONSINTER avaliarão os trabalhos sem nenhuma identificação de autoria.

O enquadramento dos textos avaliados e aprovados para fins de publicação na Europa pelo Editorial Juruá Lda., e no Brasil pela Juruá Editora Ltda., obedecerão aos seguintes critérios:

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO

Conforme as exigências das agências e instituições nacionais e internacionais de investigação e docência que avaliam a atividade acadêmica e investigadora das Pós-Graduações, a Coordenação Executiva do CONSINTER, ao seu melhor juízo, selecionará uma determinada quantidade de artigos aprovados que serão agraciados com a Publicação no Periódico “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, com ISSN de Portugal. Ainda:

- a) Para cada artigo selecionado para a “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, será atribuído um número de registro específico e único no Sistema DOI (*Digital Object Identifier*);
- b) Também será atribuído um registro no Sistema DOI (*Digital Object Identifier*) para a “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”.

OBS. 1: Em face das normas técnicas, para fins de qualificação do periódico, somente poderão ser selecionados para a Revista Internacional CONSINTER de Direito os artigos aprovados nos quais pelo menos um dos autores e/ou autor tenha a titulação de Doutor.

OBS. 2: Ficará a critério do Comitê Organizador a indicação e o número da Revista em que o artigo aprovado será liberado para publicação.

2. PERIODICIDADE

Semestral.

3. CONDIÇÕES

- a) A submissão do trabalho científico para análise está condicionada à confirmação da inscrição de todos os autores e coautores;
- b) Somente serão publicados os artigos aprovados pelo Corpo de Pareceristas/Conselho Editorial do CONSINTER.

4. DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS PARA SUBMISSÃO

- a) Inscrição;
- b) Comprovante de pagamento da submissão/inscrição;
- c) Cessão de direitos autorais assinada;
- d) Artigo completo seguindo as orientações do item 5;
- e) O artigo deverá ser encaminhado por um dos autores ao e-mail contato@consinter.org.

5. NORMAS — OS ARTIGOS ENVIADOS DEVEM CUMPRIR OS SEGUINTE CRITÉRIOS:

- a) Ser inédito (não publicado em livros, revistas especializadas ou na imprensa em geral) e apresentar propriedade técnico-jurídica; relevância nacional e internacional do tema abordado, fluência redacional, correção gramatical e respeito a aspectos éticos e científicos;
Obs.: Textos inseridos em documentos de circulação restrita nas universidades serão considerados inéditos.
- b) Ter sido produzido por Estudantes e/ou Professores de Pós-graduação *Lato Sensu* e/ou *Stricto Sensu* ou por Mestres, Doutores e Pós-Doutores;
- c) Serão aceitos trabalhos em coautoria, com limitação máxima de 03 (três) participantes devidamente inscritos;
- d) O artigo deverá estar identificado com um dos critérios de classificação conforme edital;
- e) O(s) autor(es) que submeter(em) o mesmo artigo científico (com o mesmo título e conteúdo ou apenas mudando o título) para mais de um dos ramos do Direito acima indicados terão ambos os artigos científicos automaticamente eliminados da avaliação;
- f) Conter no mínimo 15 páginas, e no máximo 25 páginas;
- g) Ser redigido em formato Word em dois arquivos distintos, um com e outro sem identificação, ambos completos, contendo: Título em língua portuguesa, espanhola, inglesa, italiana ou francesa; Sumário; Resumo e Palavras-chave em língua portuguesa ou espanhola e inglesa, respeitando as normas técnicas;
- h) Para o arquivo sem identificação é importante o autor certificar-se que no conteúdo do artigo a ser avaliado não conste nenhuma informação que possibilite a identificação do autor ou o Instituto ao qual esteja vinculado direta ou indiretamente;
- i) O artigo poderá ser apresentado em língua portuguesa, espanhola, inglesa, italiana ou francesa, observando que o título, resumo e palavras-chave precisam, obrigatoriamente, estar indicados em dois idiomas, sendo peremptoriamente uma indicação no idioma inglês;
- j) O texto deve estar salvo em arquivo Word, em versão recente, com as seguintes características: fonte Times New Roman; corpo 12; alinhamento justificado, sem separação de sílabas; espaço de 1,5 entrelinhas; parágrafo de 1,5 cm; não colocar espaçamentos especiais antes ou após cada parágrafo; margens superior e esquerda com 3 cm, inferior e direita com 2 cm; em papel tamanho A4; notas de rodapé explicativas na mesma página em que for citada a referência, sendo que as Referências deverão seguir as Normas Técnicas;
- k) As páginas deverão estar numeradas;
- l) Para cada título, subtítulos, todos alinhados à esquerda, deverá haver um texto correspondente;
- m) Devem ser escritos de forma clara e objetiva, evitando-se parágrafos prolixos ou extenuantes e privilegiando as orações na ordem direta como: sujeito – predicado – complemento;
- n) Não serão aceitos textos com figuras, ilustrações e/ou fotografias, à exceção de gráficos e tabelas que sejam imprescindíveis para a compreensão do trabalho e compatíveis com a impressão em preto e branco, sendo vedada a utilização de gráficos e tabelas se originarem de terceiros;

- o) Conter Resumo (entre 100 e 250 palavras) em língua portuguesa ou espanhola e em inglês, assim como a indicação de Palavras-chave (entre 3 e 10 palavras) também em português ou espanhol e inglês;
- p) Conter: Sumário a ser indicado na sequência da apresentação do Título, Resumo (entre 100 e 250 palavras – peremptoriamente com 02 idiomas), sendo um em Língua portuguesa ou espanhola e outro necessariamente em inglês, assim como a indicação das Palavras-chave (entre 3 e 10 palavras), obedecendo o mesmo critério de apresentação do Resumo;
- q) O texto deve obrigatoriamente vir acompanhado do termo de autorização para publicação – cessão de Direitos Autorais/Patrimoniais – conforme modelo anexo e/ou disponível no *site*;
- r) A qualificação do autor deverá ter no máximo 4 linhas, em nota especial de rodapé, indicando obrigatoriamente a formação acadêmica e citando a Instituição de Ensino Superior à qual esteja vinculado, quando for o caso;
- s) A taxa de inscrição é individual e única para cada autor. Assim, cada autor deverá efetuar a sua inscrição e o pagamento da respectiva taxa;
- t) Um autor poderá enviar quantos artigos desejar, no entanto, para cada artigo submetido deve haver o pagamento da taxa de inscrição/submissão;
- u) Observando as normas de qualificação, somente poderá ser liberado para publicação na Revista Internacional CONSINTER de Direito um artigo por autor. Em caso de aprovação de dois ou mais artigos do mesmo autor para a Revista, ao melhor juízo da comissão avaliadora, os demais artigos serão direcionados para publicação no Livro Direito e Justiça ou para o(s) próximo(s) número(s) da Revista.

6. DOS SISTEMAS PARA A INDICAÇÃO DAS FONTES DAS CITAÇÕES

Para a indicação das fontes das citações, os artigos deverão adotar os sistemas:

I) Trabalhos Estrangeiros:

Trabalhos estrangeiros poderão utilizar as normas técnicas compatíveis com o seu país de origem, respeitando as normas de publicação dispostas nesse edital, inclusive o Estilo Chicago se assim o autor entender cabível e adequado.

Estilo Chicago:

Último nome do autor, primeiro nome, título do livro. (Cidade: editora, ano), versão. Por exemplo: Ninguém, José, Livro Exemplo. (São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992), edição Juruá e-Books.

II) Trabalhos Brasileiros:

Para artigos brasileiros recomenda-se seguir as Regras da ABNT (NBR 10.520/2002) para as citações, as quais podem ser diretas ou indiretas.

Para a indicação da fonte das citações, o autor poderá optar pelo sistema numérico (notas de rodapé) ou pelo sistema autor-data, não podendo, portanto, utilizar os dois sistemas concomitantemente.

A – Sistema Autor-Data

As Referências deverão seguir a NBR 6.023/2002.

No sistema autor-data, a fonte da citação é indicada junto à mesma e de forma sucinta. Devem ser evidenciados apenas: a autoria, o ano de publicação e a página do trecho citado.

Obs.: Se a opção for pelo sistema Autor-Data, pode-se utilizar o rodapé para as notas explicativas, conforme assim autoriza a NBR 6.022/2003.

B – Sistema em Notas de Rodapé

Ainda, adotando o sistema brasileiro de referênciação, se a opção de citação das referências for pelo sistema numérico, ou seja, **em notas de rodapé**, estas deverão seguir a NBR 10.520/2002.

7. DA AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS

Os artigos científicos serão analisados pelo Corpo de Pareceristas do CONSINTER, formado somente por renomados juristas Doutores e Pós-Doutores, nacionais e estrangeiros especialmente convidados.

Os artigos científicos serão avaliados pelo sistema *double blind review*, no qual dois Pareceristas do CONSINTER avaliarão os trabalhos sem nenhuma identificação de autoria. A apreciação inominada dos artigos científicos afiança a imparcialidade do seu julgamento, diminui a subjetividade e as preferências ideológicas. Dessa forma, o autor deverá evitar referências diretas a si mesmo e citações que possibilitem extrair da leitura do texto a sua autoria.

Em caso de admissão do artigo científico por um dos Pareceristas do CONSINTER e reprovação por outro, o texto, ao melhor alvitre do conselho diretivo, poderá ser submetido à apreciação de um terceiro Parecerista.

- a) O conteúdo dos artigos científicos é de inteira responsabilidade dos autores e após submetido para avaliação não poderá sofrer qualquer substituição ou alteração, salvo solicitação do Corpo de Pareceristas;
- b) Não é permitido plágio ou inserção de cópias literais.

CONSINTER – CONSELHO INTERNACIONAL DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS EM PÓS-GRADUAÇÃO

Coordenação Executiva contato@consinter.org

www.consinter.org

INDEXADORES DA REVISTA:

- Latindex
- Diadorim
- Sumários.org
- REDIB
- CAPES
- DOAJ
- LivRe
- Google Scholar
- Cite Factor
- Tribunal Superior Eleitoral
- RVBI

Instructions To Authors

1. ABOUT THE PUBLICATIONS

For publication in the Revista Internacional CONSINTER de Direito, the scientific articles shall be evaluated by the double-blind review system, in which two CONSINTER Referees shall evaluate the papers without any author identification.

The framework of the evaluated and accepted articles for the purpose of publication in Europe by the Editorial Juruá Lda., and in Brazil by Juruá Ltda, will follow the following criteria:

1. FOR THE JOURNAL “REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO”

According to the requirements of national and international agencies of investigation and teaching that evaluate the investigative and academic activity of Post-Graduation, the CONSINTER Executive Coordination, at the best of their judgment, will select a certain amount of articles approved that will be awarded with the Publication in the Journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, with ISSN from Portugal. Also:

- a) For each article selected for the journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, a number of the specific and unique register in the DOI (Digital Object Identifier) system will be assigned;
- b) A register in the DOI (Digital Object Identifier) system will also be assigned to the journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”.

NOTE 1: In the face of the technical rules, for the purpose of qualification of the journal, only the articles approved in which a least one of the authors and/or author has a doctorate degree will be selected for the journal “Revista Internacional CONSINTER de Direito”. The articles properly approved that do not fulfill this requirement will be published in the Book of CONSINTER.

NOTE 2: The Organizing Committee will be in charge of the nomination and the issue of the journal “Revista Internacional CONSINTER de Direito” in which the approved article will be authorized for publication.

2. PERIODICITY

Half-yearly

3. REQUIREMENTS

- a) The submission of the scientific work for analysis is conditioned to the confirmation of subscriptions of all authors and co-authors;
- b) Only articles approved by CONSINTER Referees Board/Editorial Board will be published.

4. REQUIRED DOCUMENTS FOR SUBMISSION

- a) Registration;
- b) Proof of payment of the Submission/registration;
- c) Assignment of copyrights signed;
- d) Full Article following the guidelines of item 5;
- e) The articles must be forwarded by one of the authors by e-mail contato@consinter.org

5. RULES — THE ARTICLES SENT MUST FULFILL THE FOLLOWING CRITERIA:

- a) Be original (not published in books, specialized journals or in the press in general) and present technical-legal property; national and international relevance of the theme approached, wording fluency, grammar correction, and respect to the ethical and scientific aspects;

Note: The texts inserted in documents of restrict circulation at universities will be considered original.

- b) Have been produced by students and/or professors of Lato Sensu and/or Stricto Sensu Post Graduation courses, or by Masters, Doctors, and Post-Doctors;
- c) Works in co-authorship will be accepted, up to the maximum of 3 participants properly registered;
- d) Be identified with one of the criteria of classification to be informed in public notice;
- e) The author (s) that submit the same scientific article (with the same title and content or only having the title changed) for more than one of the fields of Law above mentioned, will have both scientific articles automatically eliminated from the evaluation;
- f) Have a minimum of 15 pages, and a maximum of 25 pages;
- g) Be submitted in Word format in two distinct files, one with and the other without identification, both complete, containing: Title, Summary, Abstract and Keywords in Portuguese, Spanish, English, Italian or French; in Portuguese or Spanish and in English, respecting the technical rules;
- h) For the file without identification it is important for the author to make sure that, in the content of the article to be evaluated, there is no information that makes it possible to identify the author or the Institution they are directly or indirectly bound to;
- i) The article can be presented in Portuguese, Spanish, English, Italian, or French, observing that the title, abstract and keywords have to be written in two languages compulsorily, being one of them, peremptorily, English;
- j) The text must be saved in a word file, in a recent version, with the following characteristics: Times New Roman font, size 12; justified alignment, without hyphenation; 1.5 spacing between lines; 1.5 cm paragraph spacing; do not insert special spacing before or after each paragraph; top and left margins with 3 cm, bottom and right margins with 2 cm; A4 size document; explanatory footnotes on the same page the reference is cited, and the references must follow the technical rules;
- k) The pages must be numbered;
- l) For every title, subtitle, all of them aligned on the left, there must be a corresponding text;
- m) The text must be written in a clear and objective way, avoiding long-winded and strenuous paragraphs, giving priority to sentences in the direct order, such as subject-predicate – complement;
- n) Texts with figures, illustrations and/or photographs will not be accepted, except for graphs and tables which are indispensable for the understanding of the work, and compatible with black and white printing, being prohibited the use of graphs and tables if originated from a third party;

- o) It must contain an Abstract (between 100 and 250 words in Portuguese or Spanish and in English, as well as the Keywords (between 3 and 10 words), also in Portuguese or Spanish and in English;
- p) It must contain: a Summary to be indicated in the sequence of the presentation of the title, Abstract (between 100 and 250 words, peremptorily in 02 languages, being one of them in Portuguese or Spanish and the other in English, just as the Keywords (between 3 and 10 words), in accordance with the same criterion of the presentation of the Abstract;
- q) The text must be accompanied by the copyright form – according to the model attachment and/or available on the site;
- r) The author's qualification must have a maximum of 4 lines, in a special footnote, indicating their academic background and citing the Higher Education Institution which they are bound to if that is the case;
- s) Observing that CONSINTER is a non-profit organization, the submission/registration rate subsidize the articles' publication in the Revista Internacional CONSINTER de Direito. Submission/registration fee is individual and unique to each author. Therefore, each author must achieve the registration and make the payment of the respective fee. For example: For article submission in co-authorship with 02 authors – it will be mandatory the registration of the two authors and payment of 02 submission fees;
- t) An author may submit as many articles as he pleases, however, for each submitted article there must be made the respective submission/registration fee payment;
- u) Observing the qualification standards, only one article per author will be authorized for publication on the Revista Internacional CONSINTER de Direito. In case of one or more articles of the same author have been approved for publication on the Journal, to the better judgment of the evaluation commission, the other papers will be guided for publication on the Book Direito e Justiça or for future edition(s) of the Journal.

6. ABOUT THE SYSTEMS TO INDICATE THE SOURCES OF CITATIONS

To indicate the sources of citations, the articles must adopt the systems:

I) For Foreign Work:

Foreign works can use the same technical rules compatible with their country of origin, respecting the publication rules displayed in this notice, including the Chicago style, if the author finds it applicable and appropriate.

Chicago Style:

Author's last name, first name, title of the book. (City: Publisher, year), version. Example: Someone, José, book example. (São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992), edição Juruá e-Books.

II) For Brazilian Works

For Brazilian articles, it is recommended to follow the ABNT rules (NBR 10520/2002) for the citations, which can be direct or indirect, by Author-Date or in Footnotes.

For citation source's indication, the author may choose the number system (footnotes) or by the author-date system, therefore he/she cannot choose to use both concomitantly.

A – Author-Date System

The references must follow NBR 6023/2002.

In the author-date system, the source of citations is indicated alongside with it and in summary form; Point out, only: authorship, publication year and page of the piece cited.

Note: If the choice is the Author-Date system, explanatory notes can be used as footnotes, as authorized by NBR 6022/2003.

B – Number System (Footnotes)

Still, adopting the Brazilian System of references, if the choice of citation of references is by the number system, or else, in footnotes, they should follow NBR 10520 /2002.

7. ABOUT THE ARTICLE REVIEW

The scientific articles are analyzed by the CONSINTER Referees Board/Editorial Board, formed only by renowned Doctors and Post-Doctors, jurists, Brazilian and foreigners, especially invited. The scientific articles will be evaluated by the double-blind review system, in which two CONSINTER members of the board will evaluate the works without any authorship identification. The assessment of scientific articles by anonymous authors guarantees the impartiality of judgment and decreases subjectivity and ideological preferences. This way, authors must avoid direct references to themselves and citations that make it possible to extract its authorship from the reading of the text.

If the scientific article is accepted by one of the CONSINTER members and failed by another, the text, at the suggestion by the Director Council, can be subjected to the assessment by a third party.

- a) The content of the scientific articles is the authors' full responsibility, and after subjected to assessment cannot go through any changes or replacements, except if requested by the Referees Board/Editorial Board;
- b) Plagiarism or the insertion of verbatim copies are not allowed.

INTERNATIONAL COUNCIL OF CONTEMPORARY IN POST-GRADUATE STUDIES CONSINTER – CONSELHO INTERNACIONAL DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS EM PÓS-GRADUAÇÃO

Executive Coordination contato@consinter.org

INDEXERS

- Latindex
- Diadorim
- Sumários.org
- REDIB
- CAPES
- DOAJ
- LivRe
- Google Scholar
- Cite Factor
- Tribunal Superior Eleitoral
- RVBI

COLABORADORES

Adelgício de Barros Correia Sobrinho
Adriano Fábio Cordeiro da Silva
Adriano Fernandes Ferreira
Alcir Gursen de Miranda
Alessandra Balestieri
Alexandre de Albuquerque Sá
Almir Santos Reis Junior
Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Ana Lúcia Seifriz Badia
Andrei de Oliveira Rech
Bruno Miragem
Carlos Francisco Molina del Pozo
Carlos José Cordeiro
Carlos Roberto Bacila
Claudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho
Daniel Blume Pereira de Almeida
Daniela Carvalho Almeida da Costa
Edimur Ferreira de Faria
Edna Raquel Hogemann
Eugênio Facchini Neto
Euvaldo Leal de Melo Neto
Fabiana Oliveira Bastos de Castro
Fabiana Ricardo Molina
Fábio Lins de Lessa Carvalho
Felipe Azzi Assis de Melo
Felipe Dutra Asensi
Fernanda Alves Vieira
Fernando Massardo
Fernando Rodrigues Martins
Glauca Maria de Araújo Ribeiro
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Inês da Trindade Chaves de Melo
Isaac Sabbá Guimarães
Jaume Martí Miravalls

José María Lombardero Martín
José María Tovillas Morán
Josiane Becker
Judith Morales Barceló
Karina A. Denicol
Karine Silva Demoliner
Laís Alves Camargos
Leonardo David Quintiliano
Luciana Kellen Santos Pereira Guedes
Luis Bahamonde Falcón
Luiz Carlos Figueira de Melo
Marcus Elidius Michelli de Almeida
María Ángeles Pérez Marín
María Soledad Racet Morciego
Mário Luiz Ramidoff
Mayrinkellison Peres Wanderley
Miguel Horvath Júnior
Nancy Carina Vernengo Pellejero
Nancy de la C. Ojeda Rodríguez
Nicola Frascati Junior
Nilton Cesar da Silva Flores
Patrícia Fortes Attademo Ferreira
Paulo J. S. Bittencourt
Raphael Corrêa
Renata Martins de Carvalho
Renato Lopes Becho
Roberta Soares da Silva
Rogério Medeiros Garcia de Lima
Themis Eloana Barrio Alves G. de Miranda
Theodoro Vicente Agostinho
Thiago Serrano Pinheiro de Souza
Vânia Maria do P. S. Marques Marinho
Vitor Hugo Mota de Menezes
Wagner Balera

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Antonio García-Pablos de Molina

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Fernando Santa-Cecilia García

Profesor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca.

Joan J. Queralt

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona.

Jordi García Viña

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridad Social da Universitat de Barcelona.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

María Amparo Grau Ruiz

Catedrática Acreditada de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid.

María del Carmen Gete-Alonso y Calera

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 3.0 Brasil.

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



ATRIBUIÇÃO

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



USO NÃO COMERCIAL

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

LA VULNERABILITÀ NELL'ESTERNALIZZAZIONE DINANZI AL SERVIZIO PUBBLICO¹

THE VULNERABILITY OF OUTSOURCING IN THE PUBLIC SERVICE

DOI: 10.19135/revista.consinter.00009.41

Recebido 07.04.2019 / Aprovado 19.06.2019

*Vitor Hugo Mota de Menezes*² – <https://orcid.org/0000-0002-3946-3630>

E-mail: vhmenezes@hotmail.com

Sintesi: L'esternalizzazione è un sistema di gestione coperto dal genere dei rapporti trilaterali, nel caso in ricerca, maneggiato dalla Pubblica Amministrazione, per ridurre costi e migliorare la qualità dei servizi offerti alla popolazione, adoperato, dapprima, solo per le attività accessorie, ma con la normalizzazione del sistema, si è cominciato a implementarlo nei bisogni principali. Tuttavia, l'uso senza controllo e sfrenato di questo meccanismo ha creato intensi dibattiti giuridici e dottrinari che indicano i vantaggi e gli svantaggi di tali tipi di contratto, sia per quanto riguarda la vulnerabilità dell'operaio esternalizzato, sia rispetto la responsabilità del ricevitore del servizio dinanzi al disonore dei loro oneri lavorativi, e come l'utilizzo dell'esternalizzazione potrebbe essere adoperato in modo sicuro ed efficace dai contraenti. È appunto per questo che, inizialmente, la presente ricerca avrà un approccio generale sull'esternalizzazione, dalla comparsa del meccanismo nella storia, con enfasi sulla sua applicazione nel settore pubblico, investigando le possibili minacce ai regimi giuridici di contrattazione del personale utilizzati da enti statali. In questa prospettiva, saranno indicate le definizioni più impiegate dai dottrinatori, così come anche la natura giuridica e i presupposti che permeano l'istituto. Di seguito, saranno trattati il capitalismo, la globalizzazione, il neoliberalismo, indicati i fattori che influenzano l'esistenza e l'espansione dell'esternalizzazione e le critiche esistenti in materia. Alla ricerca di una soluzione più fattibile ed effettiva alla problematica, verranno confrontati ritagli esemplificativi del meccanismo in altri sistemi giuridici, soprattutto in quello italiano, riportando riferimenti legali e giurisprudenze sulla materia. La metodologia impiegata è sostanzialmente bibliografica e indiretta, servendosi da libri, articoli scientifici e orientamenti giurisprudenziali dei tribunali superiore e regionali del lavoro, servendosi, ancora, del metodo deduttivo per la giusta interpretazione

¹ Traduzione di Alessandra Maroni.

² Post-Dottore in Diritto presso l'Università degli Studi di Messina. Dottore in Diritto Costituzionale presso la Facoltà Autonoma di Diritto di São Paulo – FADISP. Master in Diritto Ambientale presso l'Università dello Stato dell'Amazonas – UEA. Procuratore dello Stato dell'Amazonas, dove dirige la Specializzata in Personale Temporaneo – PPT. Professore di Filosofia al Programma di Post-Laurea del CIESA in collaborazione con l'USP. Professore del Corso di Laurea in Diritto Internazionale Pubblico al CIESA.

dell'argomento. In questo senso, la presente ricerca dimostrerà la soluzione della problematica ritenuta dal ricercatore la più fattibile ed effettiva.

Parole-Chiave: Vulnerabilità. Esternalizzazione. Capitalismo. Servizio pubblico.

Abstract: Outsourcing is a management system that comprises the trilateral job relationships, in this specific case, used by the Public Administration to reduce costs and improve the quality of public services provided to the population which was initially used only for ancillary activities but with the standardization of the outsourcing system, it is being implemented also in the end activities. However, the uncontrolled and unrestrained use of this mechanism has brought intense juridical and doctrinal debates pointing out the advantages and disadvantages of these types of contracts both regarding to the vulnerability of the outsourced worker and the legal responsibility that abides to the contractor when the labor charges are not honored and, also, how the use of outsourcing could be used in a safely and effectively manner for the hirer. On this prism, it is the reason why this research will firstly make a general approach on outsourcing since the appearance of this mechanism in history emphasizing on its application in the public sector, while investigating possible threats to the legal systems when the state entities use the outsourcing mechanism. From this perspective, ought to point out the indoctrinators' most used definitions, as well as the legal nature and assumptions regarding this institute. In the quest for the most viable and effective solution to the problem, examples of this mechanism in other legal systems will be included, especially Italy's, bringing legal references and jurisprudence on the subject. The methodology used is essentially bibliographical and indirect, using books, scientific articles, data obtained through the Internet and jurisprudential guidelines of the superior and regional work-related courts, also using the deductive method for the correct interpretation of the theme. In this sense, this research will demonstrate the most feasible and effective solution for the problem.

Keywords: vulnerability. Capitalism. Outsourcing. Public service.

INTRODUZIONE

Il servizio pubblico affronta oggi grandi questioni per quanto riguarda l'esternalizzazione delle proprie attività per rispondere al richiamo politico dello stato minimo, soprattutto con la sua normalizzazione in Brasile, attraverso la Legge n° 13.429/2017, che ha portato innovazione su questo campo dai riflessi positivi e negativi, dividendo opinioni sul tema, sorgendo, pertanto, la necessità di analizzarsi la vulnerabilità degli esternalizzati e le reali possibilità di trovarsi delle soluzioni per rispondere a quello che Aristotele chiama "cammino del mezzo"³.

Interessa evidenziare che l'esternalizzazione è un fenomeno di grande rilievo e che conduce a molti questionamenti a livello mondiale, provocando diversi dibattiti nei Tribunali Superiori, soprattutto per quanto riguarda la questione della

³ Nell'opera "ETICA A NICOMACO", del filosofo Aristotele, in stretta sintesi, senza la pretesa di condurre il tema ad analisi approfondita, per la quale raccomando la lettura del testo completo e degli scritti elaborati da studiosi e specialisti, il notevole pensatore nella Grecia antica, tratta la necessità di cercarsi l'equilibrio nelle attitudini, comportamenti e decisioni, poiché soltanto attraverso il chiamato "mezzo-termine", raggiunto con esperienza, esercizio e ponderazione, potrà l'uomo praticare le sue virtù adeguatamente, avvicinandosi a una vita felice. Qui, è considerato felice "quello che agisce secondo la virtù perfetta ed è provvisto di beni esteriori" (...) "ubbidendo alle limitazioni della natura umana". (Tradotto in portoghese da Pietro Nasseti, pubblicato nel 2006 dalla Casa Editrice Martin Claret, São Paulo/SP)

responsabilità sussidiaria degli enti statali sui pagamenti degli oneri lavorativi non onorati dalle imprese esternalizzate.

Oggi, in Brasile, è diventata versione più diffusa alla Giustizia del Lavoro l'applicazione della Sintesi 331 del TST (Tribunale Superiore del Lavoro) – che non è legge – senza alcun criterio e dimenticandosi ogni ermeneutica del fatto concreto con la regola, minandosi il principio della sicurezza giuridica ed esaltando quello che Lenio Streck chiama “giudizio solipsista”, che favorisce il convincimento immotivato (STRECK, 2015).

Essendo così, in nome di una finta garanzia lavorativa si percepisce che la Magistratura del Lavoro brasiliana disperde e impedisce lo sviluppo dell'esternalizzazione con l'aiuto del Pubblico Ministero del Lavoro, il quale insegue il primo a qualunque costo, sempre attraverso richieste preliminari a scapito della Pubblica Amministrazione, con la sospensione di supposti crediti, spesso illegittimi e indebiti, delle aziende esternalizzate, sia per l'assenza della documentazione, sia per la non consegna del servizio entro la data doverosa, condizioni contrattate e cose simili.

Appunto per questo, questa ricerca segue la prospettiva che cerca di analizzare il tema dal punto di vista accademico, scappando dalle passioni e dalle vanità dei giustizieri che si servono del potere e delle risorse altrui, facendo uso del diritto comparato, ricercando il modo in cui gli altri paesi trattano il tema, di fronte alle regole principiologiche o della necessità reale posta.

Pertanto, in un primo momento, saranno tessute considerazioni storiche in cerca delle origini e necessità primaria dell'implementazione di tale istituto, così come anche della sua importanza nell'ordine giuridico interno del Paese, stabilendo un parallelo con la problematica affrontata.

Di seguito, si cercherà d'individuare e di indicare gli eventuali disadattamenti più comuni nell'applicazione della norma e la vulnerabilità dell'operaio di fronte allo scredito della norma giuridica, indirizzando a chi compete la responsabilità degli oneri lavorativi in tale modalità.

Dopo l'allestimento dottrinario, legislativo e giurisprudenziale, saranno proposte nuove formulazioni, con suggerimenti per l'implementazione degli strumenti di controllo reale e fattibile, cercando una soluzione possibile, legale e giusta al problema.

A prima vista può sembrare un'analisi crudele, ma se paragonata alla stessa applicazione dell'istituto in altri sistemi giuridici si potrà avvertire che l'economia non è compiacente con decisioni libertarie che coinvolgono diritti e ricorso degli altri.

È che l'istituto dell'esternalizzazione si trova presente dentro le case di tutti, e va da quello che c'è di più prezioso nella vita, nella casa, che è l'allevamento dei figli (assunzione di bambinaie) ai dipendenti di una determinata azienda, il che non si può non menzionare, a pena di serbare un pensiero ipocrita, semplicista e limitato sul tema.

Che cos'è questo, quindi, senno esternalizzazione, quello che avviene è che il doppio modello morale degli organi statali come Tribunali-giudici e Ministeri Pubblici-promotori/procuratori del lavoro nella modernità liquida ci portano a

discorsi infiammati contro tale pratica altrui, quando si utilizzano dell'esternalizzazione quotidianamente nelle loro vite private.

Da questo prisma, Bauman (2001) spiega che questo è la fluidità o liquidità, come metafora adatta, quando vogliamo captare la natura della presente frase, *nuova* in molte maniere, nella storia della modernità, e aggiunge:

*“Al contrario della maggior parte degli scenari distopici, quest’effetto non è stato raggiunto via dittatura, subordinazione, oppressione o schiavizzazione; né attraverso la “colonizzazione” della sfera privata dal “sistema”. Al contrario: la situazione presente è emersa dallo scioglimento radicale delle catene e manette che, giusto o sbagliato, erano sospetti di limitare la libertà individuale di scegliere e di agire. La rigidità dell’ordine è l’artefatto e il sedimento della libertà degli agenti umani. Questa rigidità è il risultato, della “flessibilizzazione”, della “fluidità” crescente, della mancanza di controllo dei mercati finanziario, immobiliare e del lavoro, rendendo più leggero il peso delle tasse ecc. (come Offe ha osservato in “Ormeggi, manette, grigli”, pubblicato originalmente nel 1987); o (per citare Richard Sennett in **Flesh and Stone**) delle tecniche di “velocità, fuga, passività” – in altre parole, tecniche che permettono che il sistema e gli agenti liberi si mantengano radicalmente disimpegnati e che non s’incontrino invece di incontrarsi”.*

Sotto quest’aspetto, l’autore che lotta per la necessità moderna dell’apparenza o fluidità, come dice a scapito del solido e permanente, aggiunge, ancora che:

“Quello che avviene oggi è, per così dire, una redistribuzione e riallocazione dei “poteri di scioglimento” della modernità. Prima, loro hanno affetto le istituzioni esistenti con le cornici che circoscrivevano il dominio delle azioni-scelte possibili, come le tenute ereditarie e la loro allocazione per distribuzione, senza la chance di appello. Configurazioni, costellazioni, modelli di dipendenza e interazione, tutto questo è stato messo a sciogliere dentro il crogiolo, per essere dopo nuovamente modellato e rifatto; questa è stata la fase del “rompere la forma” nella storia della modernità inerentemente trasgressiva, rompitrice di frontiere e capace di tutto crollare. Rispetto agli individui, però – loro possono essere scusati per non averli notati; hanno cominciato a essere confrontati da modelli e figurazioni che, anche se nuovi e perfezionati”, erano tanto duri e indomabili come sempre.

Ma dire che stiamo passando da un’era di “gruppi di riferimento” predeterminati a un’altra era di “comparazione universale” in cui il destino dei lavori di autocostruzione individuale è endemicamente e incurabilmente sotto-determinato, non è dato in anteprima, e tende a soffrire innumerevoli e profondi cambiamenti prima che questi lavori raggiungano il suo unico fine genuino: il fine della vita dell’individuo”. (BAUMAN, 2001)

In questo modo, s’individua la problematica che occorre nell’esternalizzazione, facendo vacillare chi transita al suo agio sul “discorso inconsequente della modernità” ed è familiarizzato con il vocabolo usato normalmente per narrare la storia ipocrita e inconsequentemente moderna, senza ponderare e analizzare la vulnerabilità di questo meccanismo da entrambi i lati.

È vero che, nonostante l'esternalizzazione sia stata adottata in Brasile da quasi quattro decenni, la sua regolamentazione ha impiegato molto per sorgere e, inizialmente, ha coinvolto aspetti ben specifici della produzione ed economia, come la pubblica amministrazione / (Decreto-Legge n° 200/1967) e i servizi di vigilanza (Legge n° 7.102/1983). Approvato dalla Camera dei Deputati, l'antico Progetto di Legge n° 4.302/98, che era già passato per il Senato Federale, è stato tolto dal cassetto e, dopo quasi due decenni, sanzionato dal Presidente Temer, trasformandosi nella Legge n° 13.429/2017 che ha alterato gli art. 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 9°, 10, il paragrafo unico dell'art. 11 e art. 12 della Legge n° 6.019, del 3 gennaio del 1974 e che viene chiamata "legge dell'esternalizzazione e del lavoro temporario".

Se da un lato l'approvazione della legge conferisce maggior sicurezza agli stipulanti, che prima avevano le conseguenze dettate dalla giurisprudenza, dall'altro lato, danno origine a opinioni divergenti sui vantaggi e svantaggi, complessivamente, nell'economia.

In questa prospettiva, la presente ricerca dimostra la rilevanza dell'esternalizzazione dalla necessità di comprenderne la procedura, sin dall'inizio fino ai giorni d'oggi, attraverso ritagli esemplificativi di alcuni paesi, soprattutto l'Italia, che adoperano o hanno adoperato tale strumento, per, infine, estrarre gli avanzamenti e i retrocessi del modello in vigore e in che modo contribuisce o meno al servizio pubblico in Brasile.

1 SCORCIO STORICO DELL'ESTERNALIZZAZIONE

L'esternalizzazione ebbe origine negli Stati Uniti, durante la Seconda Guerra, dove l'industria bellica doveva concentrarsi sulla tecnologia e produzione di armamenti, trasferendo le attività del trasporto e logistica ad altre aziende (FELÍCIO, 2004).

Tale necessità dimostrò che la concentrazione industriale si sarebbe dovuta orientare verso la produzione, e le attività di sopporto avverrebbero dovuto essere trasferite a terzi, il che, senz'altro, generò un maggiore numero di dipendenti all'epoca.

Studiando il fenomeno dell'esternalizzazione e la sua comparsa, l'autore Rubens Ferreira de Castro (2000) rileva che:

“Prima della II Guerra Mondiale esistevano attività prestate da terzi, però non potemmo concettualizzarle come esternalizzazione, poiché soltanto da questo marchio storico è che abbiamo l'esternalizzazione interferendo nella società e nell'economia, autorizzando il suo studio dal Diritto Sociale, valendo ricordare che anche questo soffre grande perfezionamento da allora”.

Secondo rapporti di Maurício Godinho Delgado (2017), dopo il conflitto mondiale, i paesi vincitori fecero grandi avanzamenti sul piano economico, sorgendo, in quel momento, il modello di produzione taylorista⁴ il quale, alleato al

⁴ “Proponendo la minuziosa separazione dei compiti e la loro conseguente routinizzazione nel processo lavorativo interno all'impresa, il metodo taylorista riduceva la necessità di sofisticata

modello fordista⁵, condusse “*all’elogio della grande pianta industriale capitalista, con grandi masse di lavoratori, vincolati a funzioni poco specializzate, che si collegava, attraverso il nastro trasportatore della linea di produzione (...)*”.

Da questo prisma, il riorientamento aziendale iniziò a considerare che, per diventare ancora più agile, avrebbero dovuto trasferire a terzi l’incombenza dell’esecuzione di attività secondarie, concentrando tutti gli sforzi dell’azienda sulle attività principali, generando, così, più risultati, il che, dopo, diventò conosciuto come *outsourcing* o esternalizzazione, la cui definizione sarà meglio studiata nella parte seguente.

Si deve evidenziare, però, che il principale scopo di queste aziende era ottenere mano d’opera a costi più bassi, senza assentarsi dalle disposizioni tutelari della legislazione del lavoro, la quale mira alla protezione dell’iposufficiente del rapporto di lavoro.

Nella storia del Diritto Brasiliano, dall’opera di Sérgio Pinto Martins (2018), questo tema apparve negli anni ‘60, timidamente, per mezzo di una legge federale che trattava la riforma amministrativa, ma si allargò nei decenni successivi e, dalla fine degli anni ‘80 e ‘90, l’esternalizzazione diventò fenomeno di grande rilievo, oggi, regolata dalla Legge n° 13.429/2017, il cui cronogramma legislativo sarà trattato nella parte seguente.

Il fatto è che l’economia brasiliana visse un periodo conturbato negli anni ‘90, marcato da inflazione elevata, crisi economiche e debito esterno. Congiunture che resero impossibile lo sviluppo del paese.

È appunto per questo che, già in quel periodo, la pratica dell’esternalizzazione diventò realtà di fronte alla difficoltà delle aziende di mantenersi sul mercato, essendo necessaria una ristrutturazione, per ottenere esito nella concorrenza con le ditte straniere sul mercato mondiale; non restò altra possibilità che ricorrere all’esternalizzazione per restringere i costi e poter investire nelle loro attività principali, garantendo una maggiore competitività sul mercato.

Oggi, in Brasile, sebbene le statistiche non siano così obiettive e fidabili, si parla di 12,7 milioni di lavoratori esternalizzati, in un paese dove si hanno circa 50 milioni di lavoratori – privati e statali – gli esternalizzati occuperebbero, statisticamente, un po’ più del 20% di questa totalità⁶.

specializzazione del lavoro, trasformandolo in una sequenza di atti basicamente semplici. Da allora, questa gerenza scientifica del lavoro moltiplicava la produttività lavorativa, rendendo fattibile l’esplosione della produzione massiccia caratteristica del sistema capitalista” in DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005, p. 46.

⁵ “Il fordismo, all’implementare le proposizioni tayloriste, produce innovazioni nell’stratagemma di gestione della forza di lavoro e della propria impresa aziendale, dando origine a un modello di grande influenza nei decenni seguenti nell’occidente sviluppato”. In DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005, p. 46.

⁶ SCHREIBER, Mariana. *Mais emprego ou precarização? Os possíveis impactos da lei da terceirização*. Disponibile su: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39375305>>. Accesso il 09.04.2018.

È da osservare che, dai tempi remoti, esisteva l'idea di un modello di gestione aziendale che consentisse la specializzazione delle attività dell'azienda, al fine di aumentarne l'efficienza, rendendo possibile la concentrazione degli sforzi sulla attività-fine e, allo stesso tempo, garantendone il lucro delle operazioni.

Essendo così, la pratica dell'esternalizzazione viene impiegata moltissimo nella società contemporanea, influenzando gli studiosi del diritto a occuparsi delle regole e dei modelli giuridici capaci di regolare il fenomeno.

In questo modo, oggi, l'esternalizzazione fruisce di una serie di dottrine che riportano definizioni, caratteristiche e criteri per la sua implementazione, il cui contesto sarà analizzato, senza dimenticare i guadagni e i problemi oriundi dalla cattiva amministrazione delle risorse e rispettivi ispezioni del lavoro, con critiche, vantaggi e svantaggi, soprattutto per quanto riguarda l'esternalizzazione nel servizio pubblico.

Attualmente, gli esternalizzati occupano una gran parte degli impieghi in Brasile e nel Mondo, a causa della diffusione della globalizzazione del capitale, la quale fa sì che i paesi lontani migliaia e migliaia di distanza siano ben vicini quando si tratta della propria riproduzione.

2 DEFINIZIONE, NATURA GIURIDICA E PRESUPPOSTI DELL'ESTERNALIZZAZIONE

Si può affermare che, nel linguaggio del servizio pubblico, oggetto di ricerca, ha preso corpo la parola "esternalizzazione" per designare il decentramento delle attività della Pubblica Amministrazione, nel senso di delegare alle aziende specializzate, attività-mezzo, come servizi di pulizia, custodia, mantenimento, trasporto, pasti, sicurezza, tra altri, attraverso contratto di prestazione di servizio a termine, per dare maggiore effettività alle attività-fine, valorizzando il settore terziario dell'economia.

Non sono pochi gli specialisti giuridici che trattano la materia, il cui meccanismo possiede vari nomi nel campo dottrinario, quali: esternalizzazione, subappalto, filiazione, sverticalizzazione, esteriorizzazione del dipendente, focalizzazione, partner, ecc. (MARTINS, 2018)

Nell'intendimento dell'indimenticato Valentin Carrion, "*esternalizzazione è l'atto per il quale l'impresa produttrice, mediante contratto, consegna ad altra impresa determinato compito (attività o servizi non inclusi nei suoi fini sociali) perché quest'ultima lo realizzi abitualmente con i propri dipendenti*" (CARRION, 2009).

Secondo il professor Alvarez, l'esternalizzazione non è un avvenimento attuale in Brasile, che è:

[...] una nazione molto abbattuta dalla mancanza di posti di lavoro, in decorrenza del retrocesso economico al quale si è sottomessa negli ultimi anni. L'esternalizzazione serve, dunque, a incrementare la comparsa di nuove attività commerciali e industriali e, di conseguenza, diminuire la fame e la miseria che impera nel paese". (ALVAREZ, 2006)

Altra espressione adoperata è “subappalto”, per rilevare la struttura giuridica che si forma con un’impresa contrattante di servizi che le sono forniti da un’altra azienda, quella contrattata, servizi questi che non sono svolti direttamente da quest’ultima, che preferisce avvalersi di altre persone giuridiche per farlo. (NASCIMENTO, 2015)

In Italia, si adoperano spesso i termini “subappalto”, “subordinazione” e “esternalizzazione” per riferirsi al sistema dell’esternalizzazione, che, in modo generale, nel suo contenuto, ha significato identico a quello brasiliano, poiché tratta il meccanismo come tipo di attività e processo fondamentale che non rappresenta il *core business*, potendo essere affidato alla gestione di organizzazioni specializzate esterne, mirando ad adattare le necessità delle aziende e a cercare soluzioni per ottimizzare la produzione e razionalizzare risorse attraverso la fornitura di un servizio⁷. (CERONI, 2014)

Sempre in Italia, il termine letterale dell’espressione esternalizzazione può essere tradotto in “acquisizione esterna”, in riferimento all’economia e all’organizzazione aziendale, il cui insieme di pratiche adottate dalle ditte o organi pubblici utilizzano altre aziende per realizzare alcune fasi delle procedure di supporto⁸. (FIORENTINO, MATARELA, 2007)

Tuttavia, si percepisce che la definizione più completa per i fini di questo studio è di Amauri Mascaro (NASCIMENTO, 2015) che concettualizza il sistema come:

“Esternalizzazione è la contrattazione, da un’azienda, di terzo, persona fisica o giuridica, per svolgere parte delle proprie attività. In altre parole, è il subappalto della produzione o dei servizi. In linea di principio, è piena la sua legalità giuridica perché nulla impedisce che due imprese facciano un determinato tipo di contratto non vietato dalla legislazione aziendale e come espressione della libertà economica. Nell’esternalizzazione avviene fenomeno inverso a quello dei gruppi, perché lì, impera, come fattore dello sviluppo economico, il decentramento, e nei gruppi aziendali occorre la concentrazione per lo stesso fine”. (NASCIMENTO, 2015)

In questo percorso, si deve sottolineare che l’esternalizzazione possiede natura giuridica contrattuale, poiché si tratta di un accordo di volontà celebrato tra le parti, dove da un alto si trova l’azienda contrattante, denominata, ancora, sulla natura giuridica dell’esternalizzazione, secondo insegna Evaristo de Moraes Filho (1993): L’esternalizzazione, pertanto, s’inquadra in una delle specie contenute nel genere denominato “*contratti di attività*”.

⁷ Traduzione adattata. Si veda l’originale: “Oggi, attività fondamentali e processi che non rappresentano il “core business”, possono essere “affidate” alla gestione di organizzazioni esterne specializzate. Questo processo si chiama “outsourcing”: risposta giuridica alle esigenze delle aziende in cerca di soluzioni per ottimizzare produzione e razionalizzare risorse, con fornitura di un servizio o processo che va a sostituirsi a quello dell’utente”. Cf. Riferimenti Bibliografici alla fine.

⁸ Traduzione adattata. Si veda l’originale: “Oggi, attività fondamentali e processi che non rappresentano il “core business”, possono essere “affidate” alla gestione di organizzazioni esterne specializzate. Questo processo si chiama “outsourcing”: risposta giuridica alle esigenze delle aziende in cerca di soluzioni per ottimizzare produzione e razionalizzare risorse, con fornitura di un servizio o processo che va a sostituirsi a quello dell’utente”. Cf. Riferimenti Bibliografici alla fine.

Essendo così, perché l'esternalizzazione sia considerata lecita, ci deve essere un rapporto d'impiego tra lavoratore e la detta fornitrice dei servizi, mentre egli avrà con l'azienda che prende il servizio soltanto un rapporto di lavoro e, in questo senso, Rodrigo de Castro (2010) adduce che *“Finalmente, asseriamo che l'esternalizzazione, anche se origina un contratto fondato sul Diritto Civile e produce effetti anche sul Diritto Commerciale, è studiata e regolata dal Diritto del Lavoro”*.

Da questo punto di vista, si deve rilevare che lo scopo del contratto è il partenariato, un rapporto che coinvolge un triangolo firmato da un'azienda che ha bisogno di mano d'opera, altra azienda specializzata in quel determinato servizio e, infine, il dipendente che si riporta alla specializzata, ma che fornisce i suoi servizi all'azienda che prende la mano d'opera.

In vista di ciò, occorre che l'esternalizzazione possiede due principali presupposti, il soggetto e la dissociazione del rapporto di fornitura di lavoro.

L'esternalizzazione è un rapporto trilaterale che esiste come variante, un'alternativa, del rapporto d'impiego tradizionale e ha bisogno di tre soggetti per compiersi: 1) l'azienda esternalizzante (fornitrice dei servizi); 2) l'entità che prende i servizi (impresa, istituzione, amministrazione pubblica); e, 3) il lavoratore esternalizzato.

Altra caratteristica importante che si può sottolineare è la dissociazione del rapporto economico di fornitura del lavoro in paragone al rapporto giuridico che, classicamente, nel rapporto d'impiego tradizionale, era corrispondente. Un esempio è il bidello che esercita le sue attività in una determinata scuola statale, tuttavia non è impiegato dello Stato, bensì dell'azienda che l'ha contrattato e che fornisce servizi esternalizzati alla Pubblica Amministrazione.

3 NORMALIZZAZIONE DELL'ESTERNALIZZAZIONE IN BRASILE

Fino al mese di marzo del 2017, quando è stata sanzionata la Legge n° 13.429 (Legge dell'Esternalizzazione), esistevano poche norme che reggevano l'esternalizzazione in Brasile, il cui cronogramma legale si può definire così:

- **Decreto – Legge del 1967** che fece la riforma amministrativa. La legge che succedette questo decreto e disciplinò su quest'aspetto fu la **Legge n° 5.645**, la quale dichiarava che lo Stato Federale doveva decentrare le sue attività esecutive;
- Negli anni '70, invece, fu fatta la **Legge del Lavoro Temporaneo n° 6.019/74** (per la sostituzione del personale permanente in vacanza, in licenza medica, in situazioni transitorie, richiesta straordinaria di servizi o la necessità decorrente da variazioni stagionali dell'attività agraria);
- Negli anni '80 fu fatta la **Legge n° 7.102 della Sorveglianza e Trasporto di Valori, alterata dalla Legge n° 8.863/94, consiste nella fornitura di servizi al fine di: I – procedere alla sorveglianza patrimoniale delle istituzioni finanziarie e di altri stabilimenti, pubblici o privati, come anche alla sicurezza de persone fisiche; II – realizzare il trasporto di valori o garantire il trasporto di qualunque altro tipo di carico. (...)**

- Anche se è ampiamente utilizzata in tutti i settori dell'economia, sia pubblico, sia privato, la prestazione dei servizi a terzi, tranne quelle già regolate, può essere trovata soltanto in modo generico nella **Costituzione 88 che dice: Art. 170 paragrafo unico della Costituzione Federale: (...)** *E assicurato a tutti il libero esercizio di qualunque attività economica, indipendentemente dall'autorizzazione degli organi pubblici, tranne che nei casi previsti dalla legge.*

Come si osserva, la Costituzione "Cittadina" non ha regolato espressamente l'esternalizzazione, ma esistono vari principi costituzionali che influenzano il tema di questa pratica e che possono essere invocati quando necessari, quali: il principio della dignità della persona umana, il principio della valorizzazione del lavoro e dell'impiego, il principio della giustizia sociale, il principio della sicurezza, il principio della proprietà e il principio della funzione socio-ambientale.

E come già menzionato altrove, solo nell'anno del 2017 l'esternalizzazione è stata normalizzata, ma in questo interregno, e nell'assenza di un testo legale chiaro sulla questione, la **giurisprudenza** avida di legiferare ha svolto un ruolo cambiante e criticabile nei litigi.

Per un volontarismo giuridico, ancora negli anni '80, ci fu l'edizione della **Sintesi 256** che enunciava che era valida l'esternalizzazione in Brasile solo nel caso di contratto temporario e in caso di sorveglianza:

Sintesi n° 256 del TST (Tribunale Superiore del Lavoro) – CONTRATTO DI FORNITURA DI SERVIZI. LEGALITÀ (cancellata) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003: Salvo i casi di lavoro temporaneo e di servizio di sorveglianza, previsti dalle Leggi n° 6.019, del 03.01.1974, e 7.102, del 20.06.1983, è illegale la contrattazione di lavoratori da impresa interposta, formandosi il vincolo di lavoro direttamente con quello che prende i servizi.

Come si vede, la Sintesi 256 dispose solo sull'esternalizzazione nei casi di contrattazione temporanea e sorveglianza. A sua volta, la CF/1988, oltre a non prevedere niente sull'esternalizzazione in quel periodo, determinò ancora che tutte le contrattazioni fossero realizzate per mezzo di concorso pubblico.

Nel tentativo di risolvere questa lacuna, negli anni '90, il TST modificò, ancora una volta, in modo solipsista, la **Sintesi 331**, che ha subito modificazioni nel 2011 – ampliando le possibilità dell'esternalizzazione lecita, come servizio di sorveglianza specializzato, servizi di conservazione e pulizia (vecchio decreto-legge 200 del 1967 e della vecchia legge 5.645 del 1970) e altrettanti servizi di attività mezzo⁹ di quello che prende il servizio, a patto che non ci fosse personalità e subordinazione diretta:

Sintesi n° 331 del TST – CONTRATTO DI FORNITURA DI SERVIZI. LEGALITÀ (nuova redazione dell'item IV e inseriti le voci V e VI alla redazione) – Res. 174/2011, DEJT divulgato il 27, il 30e il 31.05.2011.

⁹ L'attività mezzo è meramente strumentale: conservazione e pulizia, operatore d'ascensore, trasporto di valori, attività che non compongono il mezzo strutturante di chi prende i servizi, e non definiscono il suo oggetto sociale.

I – La contrattazione di lavoratori da azienda interposta è illegale, formandosi il vincolo direttamente con quello che prende il servizio, salvo nei casi di lavoro temporaneo (Legge n° 6.019, del 03.01.1974).

II – La contrattazione irregolare di lavoratore, mediante azienda interposta, non genera vincolo d'impiego con gli organi della Pubblica Amministrazione diretta, indiretta o funzionale (art. 37, II, della CF/1988).

III – Non forma vincolo d'impiego con quello che prende il servizio la contrazione di servizi di sorveglianza (Legge n° 7.102, del 20.06.1983) e di conservazione e pulizia, come anche quella dei servizi specializzati legati all'attività-mezzo di quello che prende il servizio, a patto che inesista personalità e la subordinazione diretta.

IV – L'inadempimento degli obblighi lavorativi da parte del datore di lavoro, implica nella responsabilità sussidiaria dell'azienda che prende i servizi rispetto a quegli obblighi, a condizione che abbia partecipato del rapporto processuale e risulti anche dal titolo esecutivo giudiziale.

V- Gli enti integranti della Pubblica Amministrazione diretta e indiretta rispondono sussidiariamente, nelle stesse condizioni della voce IV, nel caso sia evidenziata la loro condotta colposa nell'adempimento degli obblighi della Lei n. ° 8.666, del 21.06.1993, specialmente nella fiscalizzazione dell'adempimento degli obblighi contrattuali e legali della fornitrice del servizio quale datrice di lavoro. L'allusa responsabilità non decorre da semplice inadempimento degli obblighi lavorativi assunti dall'azienda regolarmente contrattata.

VI – La responsabilità sussidiaria dell'azienda che prende i servizi include tutti gli oneri decorrenti dalla condanna riferenti al periodo della fornitura di lavoro.

Tuttavia, è stata cogitata l'incostituzionalità d'imputarsi responsabilità sussidiaria alla Pubblica Amministrazione in base all'Enunciato n. 331, voce IV, del C. TST, poiché la responsabilizzazione dello Stato, in questo percorso, è, anzitutto, espressamente illegale, poiché contraria in modo diretto e aberrante la norma espressa contenuta nell'art. 71, § 1°, della Legge n° 8.666/93 (Legge di Licitazioni) e il principio della legalità stretta.

L'argomento ebbe grande discussione nella sfera giudiziaria, poiché la Giustizia Specializzata del Lavoro, in base al comma IV, dell'Enunciato 331 del TST, pubblicata sul DJU del 18.09.2000, cominciò a condannare gli organi dell'amministrazione diretta, autarchie, fondazioni pubbliche, imprese statali e società d'economia mista per i debiti lavorativi non pagati da aziende interposte ai loro dipendenti, dal semplice inadempimento contrattuale del fornitore.

Inesiste, però, nella Legge 8.666/93 qualunque dispositivo che determini alla Pubblica Amministrazione l'obbligo di solo liberare il pagamento dei suoi contrattati dopo la verifica dell'adempimento degli incarichi lavorativi dei propri dipendenti. Inesistendo legge in questo senso – ed essendo indiscutibile che all'amministratore pubblico è permessa solo la pratica di atti previsti dalla legge – tale esigenza ferisce frontalmente il principio della legalità (art. 5° comma II, della CF/1988).

Tale controversia è stata portata alla Suprema Corte Federale, che ha giudicato la ripercussione generale il giorno 30/03/2017, negli atti del Ricorso Straordinario (RE) 760931, che discutevano la responsabilità sussidiaria della pubblica amministrazione degli oneri lavorativi generati dall'inadempimento d'impresa esternalizzata.

Con il voto dell'Ecc. Ministro Alexandre de Moraes, è stata vietata la responsabilizzazione automatica della pubblica amministrazione, essendoci la condanna in caso di prova inequivoca di condotta omissiva o commissiva nella fiscalizzazione dei contratti.

In quell'opportunità, ha affermato il Ministro Luiz Fux che, nell'analisi dell'ADC 16, il Supremo ha dichiarato la costituzionalità dell'articolo 71, paragrafo 1º, della Legge 8.666/1993, che ha fatto cosa giudicata e un'interpretazione secondo la Costituzione Federale di questo articolo avrebbe portato a una contraddizione”.

Essendo così, il Ministro Fux ha inteso che è stata intenzione del legislatore escludere la responsabilità sussidiaria della pubblica amministrazione per evitare l'inadempimento di questo precetto, sigillato dalla Suprema Corte.

È vero che il STF, nel votare alla sessione dell'8/2/2017, si è manifestato nel senso che la Legge 9.032/1995 ha introdotto alterazioni nel paragrafo 71 della Legge di Licitazioni per prevedere la responsabilità solidaria del Potere Pubblico sugli oneri previdenziali.

Tuttavia, secondo il Ministro Luiz Fux, relatore del Ricorso Straordinario in commento, ha affermato che “se avesse voluto, il legislatore avrebbe fatto lo stesso rispetto agli oneri lavorativi e se non l'ha fatto, è perché intende che la Pubblica Amministrazione misura, nel momento della licitazione, la propensione di bilancio e finanziaria dell'azienda contrattata”.

Il Tribunale Superiore del Lavoro, in attenzione al giudizio del REXT 760931 che è passato al STF, evoluisce il proprio intendimento¹⁰ e viene seguendo

¹⁰ RICORSO DI RIVISTA. RESPONSABILITÀ SUSSIDIARIA DELL'ENTE PUBBLICO ACQUIRENTE DEI SERVIZI. COLPA IN VIGILANDO. ASSENZA DI PROVA. Assente prova che l'ente pubblico, acquirente dei servizi, non abbia fiscalizzato gli obblighi contrattuali da parte dell'azienda contrattata, o che la fiscalizzazione non sia avvenuta in maniera efficace, non è possibile imporre responsabilità sussidiaria per il pagamento dei crediti differiti alla reclamante. Questo perché il dd. STF, in reiterate decisioni in Reclamo costituzionale, sta formando intendimento che intendere per la responsabilizzazione dell'ente pubblico, per assenza di prova rispetto alla fiscalizzazione, implicherebbe in condanna per presunzione di condotta colpevole. Applicazione della Sintesi n° 331, V, di questa Corte. Ricorso di rivista conosciuto e fornito. (TST – 6ª Turma – RECURSO DE REVISTA N.5213320155110051, Ministro Relator Aloysio Corrêa da Veiga, julg. 5/04/2017) RICORSO DI RIVISTA INTERPOSTO DALLA RECLAMATA. IN 40 DEL TST. RESPONSABILITÀ SUSSIDIARIA. ENTE PUBBLICO. ASSENZA DI PROVA CONCRETA SULLA COLPA "IN VIGILANDO". ONERE DELLA PROVA. ESCLUSIONE DELLA RESPONSABILITÀ. APPLICAZIONE DELL'ADC 16. Le decisioni recenti dell'Eccelso Supremo Tribunale Federale sono state tutte nel senso che non si può allontanare l'incidenza dell'art. 71, § 1º, della Legge n° 8.666/93, invocando l'esistenza di colpa in vigilando dell'Ente Pubblico in forma generica. Si deve considerare l'effettiva assenza di fiscalizzazione, d'inerzia nella conduzione del contratto di esternalizzazione di attività specializzata dall'amministratore pubblico. Nella Denuncia n° 19492/SP, della scrittura dell'Ecc. Ministro Dias Toffoli, si è riflettuto, ancora, che l'adozione di fondamenti generici nelle decisioni proferite da questa Giustizia del Lavoro evidenzia un atteggiamento contrario all'intendimento del e. STF. In questo modo, solo se constatata prova concreta della condotta colpevole dell'ente pubblico nella fiscalizzazione del compimento degli obblighi contrattuali e legali della fornitrice di servizio, è che sarà possibile responsabilizzarlo sussidiariamente. Questa è l'interpretazione che dev'essere estratta dall'ADC 16 c/c la Sintesi 331, V, del c. TST. In casu, come non resta delimitata nella v. decisione regionale condotta concreta di colpa dell'ente pubblico nella fiscalizzazione dell'adempimento degli obblighi lavorativi dalla fornitrice di servizi, la responsabilità sussidiaria del secondo reclamato dev'essere allontanata, escludendolo dalla lite. Danneggiato l'esame del tema referente alla portata della responsabilità

la linea firmata dalla Corte Suprema, il che non è ancora rispettato dai Tribunali Regionali.

Parallelamente al fatto, il 31/03/2017, il Presidente della Repubblica, ha sanzionato la Nuova Legge dell'Esternalizzazione, alterando dispositivi della Legge n° 6.019, del 3 gennaio del 1974, che dispone sul lavoro temporaneo nelle aziende urbane e dà altri provvedimenti, oltre a disporre sui rapporti di lavoro nell'azienda di fornitura di servizi a terzi.

Sebbene la legge sia già in vigore, uno dei veti alla norma è stato il dispositivo che permetteva che il termine del contratto del lavoratore temporaneo avrebbe potuto essere alterato secondo la convenzione collettiva. Altri brani, secondo il Potere Esecutivo, sono stati vietati dal fatto che sono già previsti dalla CF – il che determinava il registro nel libretto di lavoro della condizione di temporaneo e il che fissava diritti come stipendio e orario equivalenti al ricevuto da impiegati nella stessa funzione.

Anche così, uno dei maggiori avanzamenti è la definizione relativa alla possibilità dell'esternalizzazione di tutte le attività dell'azienda (mezzo e fine), e non solo le attività-mezzo. Una scuola, ad esempio, può, adesso, esternalizzare anche la contrattazione dei professori, mentre prima questo sarebbe potuto succedere solo rispetto ai servizi come alimentazione e pulizia.

Ciò perché le controversie su cosa si configura attività-fine e attività-mezzo di un'impresa davano luogo a inesauribili dibattiti in azioni di fiscalizzazione, procedure presso il Ministero Pubblico del Lavoro e, ovviamente, proteste lavorative in andamento alla Giustizia del Lavoro.

4 REFLESSI DELL'ESTERNALIZZAZIONE IN BRASILE E IN ITALIA

Come di conoscenza generale, l'esternalizzazione si sta solidificando sempre di più, in Brasile, il cui fatto interferisce nel classico e prammatico rapporto d'impiego, poiché trasferisce l'esecuzione di certe attività ad altre aziende, mirando a incrementare la competitività a causa dell'aumento della produttività, il che potrà rendere possibile la riduzione dei costi e l'aumento della qualità.

Non sempre, però, l'esternalizzazione obbedisce alle forme corrette e legali della sua contrattazione. E quando essa avviene senza controllo, sfrenata, generalizzata e senza limiti, sorgono le più svariate critiche, non solo all'aspetto giuridico, ma anche sociale e umanistico e, tra esse, si possono citare:

- i) Impatto sociale e umano negativo di tutti i fattori citati sopra di argomenti economici impliciti di difesa dell'esternalizzazione;
- j) Produce maggior mercificazione e la forza di lavoro nell'economia della società – il lavoro viene trattato come merce (caratteristiche della merce – prezzo, qualità, utilità);
- k) Esiste una maggiore mancanza di protezione sociale, economica e giuridica dei lavoratori;

sussidiaria. Ricorso di Rivista conosciuto e fornito. (TST – 746820155030083, Ministro Relatore Aloysio Corrêa da Veiga, giud. 5/04/2017)

- l) C'è una maggiore volatilità e transitorietà del rapporto d'impiego (contrato esternalizzato è eminentemente volatile – si termina il contratto di due anni, ne giunge subito un altro, di altra azienda, e si continua lo stesso lavoro, con lo stesso stipendio, non si hanno benefici di chi acquista determinato tempi di servizio, si è sempre nella stessa situazione insignificante);
- m) Diminuzione del valore del lavoro nell'economia e nel reddito del paese (nel corso del tempo è disastroso);
- n) C'è un incentivo alla concentrazione del reddito nazionale a scapito di quelli che vivono del lavoro;
- o) L'esternalizzazione disordinata e senza controllo indebolisce il mercato economico interno del paese;
- p) C'è una diminuzione della riscossione tributaria dello Stato (deficit pubblico – e il peggioramento dei servizi pubblici).

Le critiche non finiscono qui, ma la grande questione è che, questo lato negativo dell'esternalizzazione sfrenata e senza controllo, porta grandi danni non solo quando la contrattazione è tra aziende, ma soprattutto quando si tratta della Pubblica Amministrazione, generando il che si conosce giuridicamente come *responsabilità sussidiaria* che sarà trattata più avanti.

In principio, se non è entità statale, resta caratterizzata l'esternalizzazione illecita, è possibile il riconoscimento di vincolo impiegatizio con chi prende il servizio.

Dall'altro canto, la responsabilità dell'entità statale non decorre dal semplice inadempimento degli obblighi lavorativi, assunti dall'azienda regolarmente contrattata (al contrario dell'area privata)

In questo caso, se è entità statale, se resta caratterizzata l'esternalizzazione illecita e se il reclamante prova l'assenza di riconoscimento della responsabilità sussidiaria di quello che prende i servizi, se c'è richiesta e se la stessa è nel litigio.

Implica menzionare che la regola attuale dice che non esiste responsabilità sussidiaria automatica di quello che prende i servizi, negli obblighi legali e contrattuali lavorativi dell'impresa esternalizzante (Legge dell'Esternalizzazione e RE 760931-STF).

Si prelevi, opportunamente, che la decisione proferita al REXT 760931, è stata enfatica nell'affermare che è possibile la condanna sussidiaria se l'autore prova in modo inequivoco la condotta omissiva o commissiva della fiscalizzazione dei contratti, ponendo fine a questo clamore giuridico.

L'ampiezza di questa responsabilità per quanto riguarda gli oneri lavorativi, non ci sono gradazioni come nella vecchia responsabilità di terzo grado, e, nel caso di condanna sussidiaria dell'ente statale, non incorrono le multe degli art. 467 e 477 della CLT (Decreto Legge n° 2.180-35/2001 e art. 5°, XLV, CF/1988 rispettivamente), oltre ai danni morali (trattandosi di responsabilità dalla natura personalissima) e spese legali (Sintesi 329 do TST).

Si spera, quindi, che i tribunali patri inizino anche a considerare la responsabilità sussidiaria dell'ente statale da una nuova prospettiva, seguendo l'intendimento firmato dal STF e TST, attenendosi alla Novel Legge dell'Esternalizzazione.

Dall'altro lato, se osserviamo il processo dell'esternalizzazione in Italia, si vedrà che il sistema segue i criteri definiti nel seguente modo da Donatella Rossi¹¹ (ROSSI, 2010): prima, deve operare un'analisi strategica iniziale preventiva attraverso la quale identifichi in modo chiaro e preciso le attività che possono essere affidate alla gestione di terzi. Il passo seguente è definire le aspettative, facendo attenzione soprattutto al costo che, in questo momento, viene sopportato dallo svolgimento delle attività che intende esternalizzare e cosa appoggia affidando alla gestione di terzi.

È indiscutibile che il rapporto tra la Pubblica Amministrazione e l'impresa esternalizzata è un partenariato in cui ambedue sono ugualmente interessati a riuscire. Sia la Pubblica Amministrazione sia l'esternalizzato deve designare un personale cui affidare il compito specifico di essere responsabili di tutto il processo, anche del monitoraggio dello stato del contratto, dovendo emettere rapporti periodici, nei quali gli indicatori mostreranno il devio dei risultati attesi e qualunque azione correttiva presa. (ROSSI, 2010)

Si deve evidenziare che l'individuazione del partner è, sicuramente, la fase più importante e delicata di tutto il processo di contrattazione, perché soltanto la scelta accurata di un professionista responsabile e dedicato permetterà che la Pubblica Amministrazione si liberi da un'eventuale responsabilità sussidiaria.

La scelta tra varie aziende/partner è realizzata attraverso determinati parametri: prima, l'affidabilità dell'esternalizzato, la competenza (soprattutto tecnica), flessibilità contrattuale, opportunità di aggiornamenti, qualunque

¹¹ Traduzione adattata. Si veda l'originale: Un'azienda che decide di avviare un processo di esternalizzazione deve svolgere una seria attività prodromica. Innanzitutto deve operare una preventiva "analisi strategica iniziale" attraverso la quale individuare con chiarezza e precisione le attività di core business e quelle che, invece, possono essere affidate alla gestione di terzi. Il passo successivo consiste nella definizione delle aspettative prestando attenzione, soprattutto, al costo che in quel momento si sostiene per lo svolgimento delle attività che s'intende esternalizzare e quello che si sosterebbe affidando le stesse alla gestione di terzi. È indiscutibile che il rapporto che intercorre tra cliente ed outsourcer è un rapporto di partnership, nel quale entrambi sono ugualmente interessati ad avere successo ed a migliorarsi in continuazione. Vi è di più. Tanto l'utente quanto l'outsourcer dovrebbe individuare al proprio interno un process owner (responsabile del processo) al quale affidare il compito specifico, tra gli altri, di tenere sotto controllo l'andamento del contratto. Il process owner emetterà quindi rapporti periodici, nel quale evidenzierà attraverso degli indici lo scostamento rispetto ai risultati attesi, e le eventuali azioni correttive intraprese. Il process owner dell'azienda cliente riceverà questi rapporti, si interfacerà con l'outsourcer ed informerà l'azienda sull'andamento del contratto. L'identificazione del partner è sicuramente la fase più importante e delicata dell'intero processo di "allocazione" poiché solo l'oculata scelta di un valido outsourcer permetterà all'azienda-cliente di liberarsi positivamente del "non core business". La scelta, tra più partner, sarà effettuata utilizzando determinati parametri: innanzitutto l'affidabilità dell'outsourcer, la competenza (soprattutto tecnica), la flessibilità contrattuale, la tempestività degli aggiornamenti, eventuali precedenti collaborazioni ed ubicazione (nell'ipotesi in cui sia l'outsourcer a fornire i locali). L'outsourcer scelto per amministrare i servizi esternalizzati dovrà possedere competenza e strumenti necessari a fornire la qualità e l'affidabilità desiderate. Il contratto stipulato con un outsourcer, difatti, implica non solo la semplice erogazione di servizi ma la responsabilità del progetto servizio nel suo complesso. Altrettanto importante la fase transitoria di trasferimento della gestione. È il passaggio più delicato in quanto cliente ed outsourcer iniziano a collaborare supportati, in questa fase, dal personale interno che esplica il suo "effetto cerniera", mentre il personale esterno (cioè quello dell'outsourcer) inizia a comprendere la nuova realtà aziendale nella quale dovrà integrarsi. Conclusa tutta l'attività preliminare arriviamo al contratto.

collaborazione anteriore e luogo (nell'ipotesi che l'esternalizzato debba fornire il locale).

L'azienda scelta per amministrare i servizi esternalizzati dovrà avere padronanza e strumenti necessari per fornire la qualità desiderata e l'affidabilità, il contratto firmato con un esternalizzato, infatti, comporta non solo la semplice fornitura di servizi, ma la responsabilità del progetto di servizio nel suo insieme.

Nella fase transitoria del trasferimento di gestione, invece, è ugualmente importante e, a volte, è il passo più delicato in cui la Pubblica Amministrazione e l'azienda esternalizzata iniziano a collaborare. In questa fase, il personale interno esegua il suo "effetto cerniera", mentre il personale esterno comincia a capire la nuova realtà commerciale in cui dovrà integrarsi.

È a questo punto che le aziende, in modo generale, mancano all'accordo, non presentando i documenti richiesti dalla fiscalizzazione dell'appalto, difettando il servizio o non pagando gli stipendi dei suoi dipendenti, il che avviene più spesso.

In Italia, il marchio del cambio della rotta del Diritto del Lavoro verso una maggiore flessibilità è la presenza dello Stato, il quale partecipa attivamente delle trattative fatte tra organizzazioni patronali e dei dipendenti. Si parla, appunto per questo, dell'inizio dell'era del neocorporativismo italiano¹².

Manifestazione di questa caratteristica è l'accordo Scotti, del 22 gennaio del 1983 sul costo del lavoro, firmato tra lo Stato, le organizzazioni patronali e operaie, che alterò la scala mobile degli stipendi, creata nel 1947 e li congelò per 18 (diciotto) mesi.

Nella stessa linea, il programma di riforma del mercato di lavoro, a medio termine, organizzato con l'obiettivo di conferire un ruolo più attivo ai Poteri Pubblici, sviluppandone la flessibilità, rendendo più facile l'impianto del lavoro part time, dei contratti di formazione, dei contratti di durata determinata, del lavoro temporaneo e l'organizzazione degli orari flessibili. Consacrano queste formule le Leggi n° 863, del 19 dicembre del 1984 e n° 56, del 28 aprile del 1987.

I partner sociali, a sua volta, sono considerati sovrani e partecipano del potere dello Stato. Tale partecipazione gli concede maggiore senso di responsabilità e gli impone maggiori sacrifici. Tale responsabilità si traduce nell'accettazione di una politica salariale coordinata e nella rinuncia parziale alle disposizioni legali in caso di conflitto di lavoro. In cambio, ricevono compensi nella sfera della politica fiscale, politica delle sovvenzioni e politica sociale.

Tuttavia, si può considerare il diritto italiano riferimento nel trattamento del tema "esternalizzazione", una volta che la Penisola Appennina è stata la prima a regolarla in modo dettagliato, come il Brasile ha cercato di fare attraverso la Legge n° 13.429/2017.

La norma di lavoro che tratta la materia è conosciuta in Italia come Legge Biagi – Legge 30, del 14 febbraio del 2003, che è stata una proposta di possibile modernizzazione e flessibilità dei contratti di lavoro molto discussa nel parlamento italiano durante il governo del primo ministro Silvio Berlusconi, presentando concetti nuovi che, in tesi, cercavano di regolare quello che l'economia, nella pratica, stava già

¹¹ Runggaldier, Ulrich. *Tendances actuelles Du droit Du travaili italien*. Paris, 1985, p. 865-2.

facendo al di fuori della legge: intermediazione della mano d'opera, prima assolutamente proibita, in qualsiasi caso. La Legge è stata più particolareggiatamente trattata dal Decreto Legislativo 276/2003 (GHERA, 2012, p. 368).

Ne devono essere sottolineati i principali aspetti. Inizialmente, si prevede la figura dell'*appalto di servizi*¹³, tipologia inesistente in Brasile. È simile, pressappoco, all'appalto di fornitura di servizi: si tratta di una figura intermediaria tra il lavoratore autonomo e il subordinato, il quale si suole denominare *parasubordinato* (FURQUIM, 2015, p. 40).

Essendo così, è un appalto per mezzo del quale una parte (lavoratore autonomo) si obbliga a fornire un servizio o a produrre qualcosa, con assoluta autonomia, ma con il dovere del risultato rispetto all'azienda contrattante. Quest'ultima, però, deve propiziare al lavoratore i mezzi necessari per la realizzazione del servizio contrattato, assumendo, per sé, il rischio del compito.

Nel caso del subappalto di persone da parte del professionista che esercita tale servizio, lui e l'impresa beneficiaria dei servizi forniti restano solidariamente responsabili del pagamento degli oneri remuneratori dei subappaltati, essendoci il termine di un anno per reclamare tali oneri.

Superata tale limitazione temporale, la contrattante e il professionista autonomo permangono solidariamente responsabili, almeno rispetto al pagamento degli obblighi previdenziali dei lavoratori subappaltati (FAILLA; ROTONDI, 2012, p. 183-187).

Altra figura da esaminare è il contratto di *lavoro a progetto*. In questo caso, la para-subordinazione appare ancora più chiaramente: si tratta di contratto per mezzo del quale non esiste rapporto di subordinazione, bensì di coordinazione tra il lavoratore e l'azienda contrattante. Il professionista dovrà sviluppare un progetto in favore della contrattante, con orario di lavoro stipulato, in termine determinato o determinabile fino alla conclusione del servizio contrattato.

Esiste la necessità di specificare concretamente, nello strumento negoziale (appalto di lavoro a progetto), il progetto sviluppato, e non meramente l'oggetto del contratto descritto in modo ampio e generico, poiché ci sarà il riconoscimento dell'esistenza di subordinazione, e non di coordinazione delle forze produttive.

La legislazione prevede che il lavoro a progetto non avrà durata inferiore a 30 giorni l'anno, con la stessa azienda contrattante, poiché si tratterebbe di semplice lavoro eventuale, tranne che nel caso in cui si percepisca reddito superiore a cinque mila euro.

La legislazione prevede che il lavoro a progetto non avrà durata inferiore a 30 giorni l'anno, con la stessa azienda contrattante, poiché si tratterebbe di semplice lavoro eventuale, tranne che nel caso in cui si percepisca reddito superiore a cinque mila euro.

Essendoci tale paga, si presume che l'appalto a progetto, anche se di durata inferiore a 30 giorni, non sia meramente eventuale.

Tale figura prevede alcuni diritti lavorativi al fornitore di servizi, il quale non agisce in modo interamente autonomo, ma neanche si subordina all'azienda che

¹³ Si veda anche: <<http://www.altalex.com/documents/news/2004/04/01/l-appalto-di-servizi-nella-disciplina-nazionale-e-comunitaria>>.

prende il servizio: l'appalto di lavoro non è estinto, bensì sospeso nei casi di gravidanza o malattia e incidente di lavoro. Il professionista dovrà percepire retribuzione affine a quella che, mediamente, il mercato suole offrire ai lavoratori autonomi che esercitano attività simili alle svolte in questo rapporto che, si rilevi, è di coordinazione d'interessi. Tutte le norme di sicurezza e di sanità del lavoro, compreso il riposo settimanale remunerato, devono essere rispettati dall'impresa che prende i servizi. Infine, spetterà il pagamento di preavviso nel caso di rottura anticipata del contratto.

La grande difficoltà esistente in questa forma di fornitura di servizi è differenziare fino a che punto la coordinazione non si confonde con subordinazione, il che può essere compito arduo nell'esame dei casi concreti. Anche nello sviluppo di progetti vari, sempre legati alla stessa azienda o gruppo economico che partecipa, potrà indicare tentativo di frode alla legislazione del lavoro italiana (SANTORO-PASSARELLI, 2015).

La personalità, difatti, è presente in quest'appalto, ma se la fornitura di "lavoro a progetto" avviene in maniera eventuale, la subordinazione (che è sublimata, allora sorge, come figura contrattuale, la collaborazione) potrà restare configurata.

Lo stesso potrà succedere anche rispetto alla pubblica amministrazione, senza, però, configurare effettivamente rapporto d'impiego dinanzi alle esigenze della Costituzione italiana per l'ammissione al servizio pubblico. Gli oneri di lavoro decorrenti da questo riconoscimento, tuttavia, saranno debiti dall'ente pubblico in caso di colpa o frode (FOCCILLO, 2013).

Resta, infine, la sub-amministrazione del lavoro (equiparabile a quello che si conosce, in Brasile, come esternalizzazione in senso stretto), che adotta la nota formula del rapporto trilaterale d'impiego; non esiste alcuna previsione rispetto a eventuali differenziazioni tra attività-mezzo e attività-fine dell'azienda. Nell'appalto firmato tra fornitrice e acquirente dei servizi, devono essere informati il numero di lavoratori esternalizzati, l'inquadramento professionale, il luogo di lavoro, le attenzioni rispetto alla sicurezza e sanità del lavoro, ecc.

Ci sono due aspetti, però, che richiamano l'attenzione: il primo è che l'esternalizzazione, di regola, avviene a termine determinato.

In questo senso, l'Italia segue le stesse direttrici esistenti in altri paesi europei già citati in questa parte.

I servizi esternalizzati possono essere contrattati a termine indefinito solo se presenti sull'elenco tassativo previsto dalla legge. Del resto, il lavoratore esternalizzato dovrà avere trattamento salariale isonomico rispetto ai dipendenti della contrattante. (DAL BON, 2015).

Inoltre, i lavoratori esternalizzati si vincoleranno sempre ai sindacati della categoria dell'azienda acquirente dei servizi, e la responsabilità di questa del pagamento degli oneri lavorativi è solidaria (OCCHINO, 2014).

Tutto questo quadro legislativo italiano si è dimostrato inefficace quanto alla proposta di miglioramento delle condizioni di vita dei lavoratori, poiché l'alternanza di mano d'opera, alla fine, ha indebolito i sindacati e la coesione dei lavoratori per piani di azione congiunta. Anche se ha garantito parità salariale tra impiegati della

acquirente e gli esternalizzati, i fondi non vengono pagati dal fatto che il contratto avviene, di regola, in maniera temporaria. L'instabilità salariale del lavoratore italiano resta, quindi, evidente, una volta che, se la sua datrice di lavoro firma contratto con altra fornitrice che paghi, ai propri subordinati, stipendi minori di quelli dell'azienda precedente, sarà l'esternalizzato a sentire tale detrazione. Infine, il suo carattere provvisorio finisce per ritirargli la condizione di membro effettivo dell'azienda, difficolando l'integrazione tra lavoratori nello stesso ambiente di lavoro.

Le possibilità di ascensione professionale e stabilizzazione dei rapporti contrattuali, se non sono nulle, sono minime. Dopo la riforma, il numero d'impieghi offerti dal mercato si è mantenuto senza grandi alterazioni, ma il reddito medio del lavoratore è stato considerevolmente abbassato (GRANDI, 2007).

Essendo così, l'Italia ammette esternalizzazione, anche di attività-fine, e così come altri paesi europei, quali la Spagna e la Francia, attribuisce la responsabilità solidaria all'acquirente e al fornitore dei servizi in caso d'inadempienza dei fondi di lavoro a operai esternalizzati, a condizione che comprovata l'assenza di fiscalizzazione e/o omissione dell'acquirente¹⁴.

5 RITAGLI ESEMPLIFICATIVI DELL'ESTERNALIZZAZIONE IN ALTRI PAESI

Uno scorcio comparativo dell'esternalizzazione nel suo aspetto attuale aiuta a capirne la reale esistenza, necessità/utilità ed efficacia, così come quello che c'è di variabile, nei paesi qui trattati, rendendo possibile una critica per raggiungere migliori risultati, considerando che il diritto comparato è una fonte formale sussidiaria del diritto brasiliano.

Nel Diritto spagnolo, le ipotesi di esternalizzazione si trovano previste dagli art. 42 e 43 dello Statuto dei Lavoratori (Legge n° 8, del 1980, rieditata, con alterazioni, dal Reale Decreto Legislativo n° 1, del 1995), che permettono il subappalto di lavori di costruzione e di servizi, comune nella costruzione civile, essendoci responsabilità solidaria dell'imprenditore principale rispetto agli obblighi lavorativi e previdenziali dei subappaltati (art. 42). In Spagna, il subappalto è illecito caso raffiguri l'assegnazione illegale di lavoratori prevista dall'art. 43, ma si permette il lavoro temporaneo, regolato dalla Legge n° 14/94 (PORTO, 2016).

Nel Diritto Francese, invece, il Codice del Lavoro permette al lavoratore esternalizzato la garantita isonomia nelle condizioni di lavoro e remunerazione rispetto ai dipendenti dell'acquirente dei servizi che esercitano la stessa funzione (art. L.1251-18) ed esiste la responsabilità solidaria, di quest'ultimo, del pagamento della remunerazione e delle contribuzioni previdenziali (art. L.1251-52)¹⁵.

¹⁴ Cf. Servizio disponibile su: <<http://diplomatie.org.br/as-logicas-ilogicas-da-terceirizacao/>>. Accesso il: 12/03/2018.

¹⁵ Cf. Servizio disponibile su: <<https://user-dl4afqh.cld.bz/e/Terceirizacao-comparada-entre-o-Brasil-e-outros-paises/1>>. Accesso il: 09/07/2017.

Nella prospettiva del Diritto Tedesco, l'esternalizzazione interna è possibile per mezzo del lavoro temporaneo, che è regolato dalla Legge del Lavoro Temporaneo (*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG*), la quale è stata modificata nel 2011 a causa della Direttiva n° 104, del 19.11.08, dell'Unione Europea. L'azienda da lavoro temporaneo deve avere un'autorizzazione amministrativa per funzionale e, nel caso non la possieda o essa sia cancellata, si stabilisce il vincolo d'impiego diretto del lavoratore con l'acquirente di servizi. (PORTO, 2016).

Nel territorio Portoghese, il Diritto del Lavoro permette soltanto il lavoro temporaneo, il quale si presenta in due modalità: lavoro temporaneo, come oggetto di un'attività imprenditoriale (art. 172 a 192 del Codice del Lavoro, approvato dalla Legge n° 7, del 12.02.09) e la cessione occasionale di lavoratori da un'azienda ad altra (art. 288 e seguenti del Codice del Lavoro). Nel primo caso, si tratta dell'attività delle aziende di lavoro temporaneo, il cui regime specifico di esercizio e licenziamento si trova nel Decreto-Legge n° 260/09 (PORTO, 2016).

Nel Diritto Messicano, le ipotesi di esternalizzazione sono previste dall'art. 12 al 15-D della Legge Federale del Lavoro, del 1° maggio del 1970. I servizi esternalizzati non possono coprire la totalità delle attività, uguali o simili nel suo insieme, svolte al centro del lavoro, devono si giustificare per il suo carattere specializzato e non possono comprendere compiti uguali o somiglianti a quelli realizzati dagli altrettanti lavoratori a servizio dell'acquirente. Se non sono osservate tali condizioni, si stabilisce il vincolo d'impiego diretto dei lavoratori con l'acquirente dei servizi (art. 15-A)¹⁶.

La Russia, invece, percorre cammino opposto, considerando che ha ritirato questo modello dopo intense trattative tra i sindacati dei lavoratori e il governo del presidente Vladimir Putin. Ciò perché l'esternalizzazione incominciò a essere impiantata nel suo paese in diversi settori, anche senza regolazione legale, dagli anni '90, dopo la fine dell'Unione Sovietica. Tuttavia, la pratica non aumentò l'offerta di lavoro nel paese, diminuì la riscossione delle imposte e ridusse ancora gli stipendi e benefici dei lavoratori, come vacanze remunerate e indennità di fine anno¹⁷.

Una zona dove ci sono grandi problemi rispetto all'esternalizzazione è l'Asia¹⁸. Siccome in Giappone, ad esempio, non esiste legislazione specifica sulla materia, non sono rari gli episodi di abuso, nei quali fabbriche operano in condizioni insalubri, utilizzando lavoro schiavo o mano d'opera infantile. I marchi che commercializzano questi prodotti raramente sono responsabilizzati degli eccessi, poiché sono occulti dietro diversi contratti d'esternalizzazione. In verità, se gli ordini e le istruzioni sono dati ad altra impresa, non si tratta di esternalizzazione, ma d'intermediazione di mano d'opera, che è permessa solo in alcune situazioni.

¹⁶ Disponibile su: <<https://user-dl4afqh.cld.bz/e/Terceirizacao-comparada-entre-o-Brasil-e-outros-paises/1>>. Accesso il: 09/07/2017.

¹⁷ Disponibile su: <<http://www.fisenge.org.br/index.php/noticias/item/3799-terceirizacao-desastrosa-tambem-em-outros-paises>>. Accesso il: 09/07/2017.

¹⁸ Disponibile su: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39413856>>. Accesso il 05/07/2017.

D'altronde, in Uruguay abbiamo¹⁹ trovato un esempio di regolazione dell'esternalizzazione riuscito, specificamente nell'industria di Tecnologia dell'Informazione e *call centers*. Nel 2002, l'azienda Tata Consultancy Services, *leader* nel settore dell'*outsourcing* in India, si è installata nel paese favorendo la costruzione di catene di valore globale. L'arrivo d'impresе straniere si è seguito da politiche pubbliche di forte investimento nell'istruzione. Il vicino latino, che possiede zone franche per ricevere le aziende estere, ha esportato US\$ 500 milioni in servizi nel 2015. Circa 63 mila persone sono impiegate nel settore e sono professionisti di alto livello, che percepiscono, in media, US\$ 2.500 mensili.

La legge del subappalto, approvata lì nel 2007, prevede che le aziende contrattanti siano responsabili di garantire che gli esternalizzati compiano i pagamenti degli oneri sociali e, in caso di litigio, sono solidari di fronte alla Giustizia, ossia, dividono la responsabilità.

6 CONSIDERAZIONI FINALI

Il presente studio è stato scritto da scopo di strategia di avanzamento per l'analisi sul tema presentato, dove è stata osservata la traiettoria dell'esternalizzazione del lavoro nel mondo e in Brasile, così come le specie normative che la regolano al di là della propria sfera giurisdizionale.

Dalla ricerca, si è osservato che, a patto che ci sia controllo rigido, fiscalizzazione e rispetto al contratto, il sistema dell'esternalizzazione si rivela efficace ad esempio di quello che avviene in Italia.

Tuttavia, si deve considerare che l'esternalizzazione, anzitutto, mira all'aumento dell'efficacia, maggiore agilità e flessibilità alla Pubblica Amministrazione, senza danno della qualità dei servizi che costituiscono il suo reale scopo, allo stesso tempo in cui porta alla riduzione dei costi, dato che trasferisce gli oneri lavorativi relativi a quei lavoratori responsabili delle attività che non costituiscono il suo scopo principale.

È importante rilevare che l'esternalizzazione non può, né deve puntare unicamente alla riduzione dei costi, il che capita, naturalmente, come conseguenza del processo stesso di esternalizzazione. Il meccanismo, benché adoperato molto spesso nel nostro sistema giuridico, è stato normalizzato soltanto nel 2017, il che generava grande insicurezza giuridica sulla questione, soprattutto perché la Giustizia del Lavoro ha creato e continua a creare dei diritti e obblighi per l'Ente Pubblico, senza alcuna legittimità.

Nel Potere Pubblico, l'esternalizzazione iniziò a essere utilizzata con la stessa ispirazione del settore privato, una volta che la gamma dei servizi forniti dallo Stato è aumentata in modo brutale con il passare del tempo, non essendoci più condizioni di fornirli con le proprie forze e dovendo conferirli ai privati.

Inoltre, nel proprio consenso dell'interpretazione delle norme che regolano l'esternalizzazione, si presenta una dimensione negativa, nella quale la sua

¹⁹ Disponibile su: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39413856>>. Accesso il 05/07/2017.

applicabilità è inadeguata, tanto che implica nell'intervenzione dei servizi esternalizzati per garantire i servizi basici assicurati dalla Costituzione Federale /88.

L'esternalizzazione del lavoro è già sorta accompagnata da una serie di problemi nel servizio pubblico, ma anche così, se utilizzata come meccanismo effettivo e nella forma com'è stata creata, può essere vista positivamente, poiché non è apparsa per sfruttare sfrenatamente questo ramo, bensì per sommare, aggregare, ampliare e, soprattutto, per regolare l'attività e porre fine all'insicurezza giuridica vissuta giornalmente dai gestori e operari del Diritto.

A sua volta, la regolazione dell'esternalizzazione ha innovato in vari aspetti, ma ha specialmente ampliato la possibilità di contrattazione delle attività, coinvolgendo non solo attività-mezzo, come pure attività-fine, ponendo fine a questa confusione giuridica.

Dinanzi a tanti organi di controllo e di tante norme giuridiche create dai magistrati, resta sapere in che maniera si può risolvere tali inconsistenze, e come ristabilire la pace di fronte al caos che la Giustizia del Lavoro causa agli Enti Pubblici in modo generale.

È indiscutibile che l'esternalizzazione costituisca una forma moderna di amministrazione nella misura in cui stabilisce un vero partenariato tra fornitore di servizi e acquirente di questi servizi, non dovendo essere vista solo come un modo di ridurre costi ma, ancora, e soprattutto, come modo di cooperazione tra le forze produttive di una determinata attività.

Oggi, in Brasile, con la Legge dell'Esternalizzazione e con il giudizio del REXT 760931 STF, l'argomento si trova normalizzato e, in tesi, pacificato nell'ambito normativo, ma la sua efficacia ancora non è compresa, o obbedita dai magistrati responsabili del giudizio dei litigi di lavoro, soprattutto quelli che coinvolgono la responsabilità sussidiaria degli Stati.

È che i Tribunali Regionali del Lavoro si stanno rendendo alle manovre giuridiche intente dai datori di lavoro che includono l'Ente Statale nel litigio, senza che quest'ultimo abbia alcun tipo di rapporto di lavoro con i primi, e senza qualunque prova negli atti. Tali Tribunali stanno proferendo condannazioni dalla somma assurdamente alta attribuendo agli Stati la responsabilità di tali pagamenti dalle sole allegazioni dei dipendenti e senza nessuna prova che rafforzi la decisione.

La manovra sta riuscendo nella Specializzata del Lavoro di fronte alla mancanza di aggiornamento e al fenomeno conosciuto come mimetizzazione delle decisioni giudiziali, dove i magistrati replicano decisioni, in una specie di "produzione in serie", o quello che Tercio Sampaio Ferraz Jr. chiama di "fabbrica di wurstel giuridica" senza analizzare ogni singolo caso, senza far riferimento a tesi di difesa discusse dagli Avvocati Pubblici e senza alcun fondamento giuridico plausibile, condannano l'Ente Statale come se, infatti, questo non fosse tutti noi, e come se le risorse statali fossero infinite e staccate dall'economia e non producessero sottoprodotti.

Si verifica che, nonostante la questione abbia già compiuto il periodo di discussione dovuto quando inesisteva normalizzazione, ancora oggi persiste la disobbedienza di questi giudicatori nel trattamento dei processi di lavoro legati alla

responsabilità sussidiaria della Pubblica Amministrazione nelle tre sfere.

In altre parole e per dire altro, con la decisione del REXT 760931 è stata vietata, come imperativo categorico²⁰ la responsabilizzazione automatica della Pubblica Amministrazione, anche con la possibilità di applicazione, spesso dalla giustizia del lavoro, dell'inversione dell'onere della prova, e avendo condanna solo se resta provato, in maniera inequivoca, che c'è stata condotta omissiva nella fiscalizzazione dei contratti.

In questo modo, tocca al Potere Pubblico attendere che i giudici del lavoro non denaturino la decisione superiore con sofismi ed enunciati performativi e facciano compire questa decisione in tutti i processi in tramite nella sfera del Lavoro, poiché il Pubblico Ministero del Lavoro e persino i sindacati delle categorie esternalizzate stanno utilizzando manovre giuridiche e, con esito, riescono a ottenere, mediante decisioni ingiuntive senza alcun fondamento giuridico solido, blocchi di pseudo crediti presso la Finanza Pubblica, spesso illegittimi e pendenti di liquidità e certezza documentale, defalcando risorse dell'ormai debilitata cassa pubblica, portando danni irreparabili alle altrettante aree di attuazione dello Stato, come la sanità, istruzione, sicurezza, abitazione ecc.

Si è già detto, su altro passaggio, che è un cammino spinoso da calpestare. Tuttavia, l'applicazione della giustizia al caso concreto, dinanzi al principio dell'indeclinabilità della giurisdizione (CPC, art. 126²¹ e LICC²², art. 4°), vigente negli ordinamenti moderni in maniera molto rialzata, almeno da quando il Codice Napoleonico proibì il *non liquet*²³, a pena che l'applicatore fosse denunciato per

²⁰ Imperativo categórico é um dos principais conceitos da filosofia de Immanuel Kant. A ética, segundo a visão de Kant, tem como conceito esse sistema. Para o filósofo alemão, imperativo categórico é o dever de toda pessoa agir conforme princípios os quais considera que seriam benéficos caso fossem seguidos por todos os seres humanos: se é desejado que um princípio seja uma lei da natureza humana, deve-se colocá-lo à prova, realizando-o para consigo mesmo antes de impor tal princípio aos outros. Em suas obras, Kant afirma que é necessário tomar decisões como um ato moral, ou seja, sem agredir ou afetar outras pessoas.

²¹ BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Código de Processo Civil e Constituição Federal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²² Senza dimenticare che la LICC – Legge d'Introduzione al Codice Civile, ora è denominata LINDB – “Legge d'Introduzione alle norme del Diritto Brasiliano”, secondo Legge 12.376, del 30 dicembre del 2.010. (BRASIL. **Lei n° 12.376**, de 30 de setembro de 2010. Altera a ementa do Decreto-lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponibile su: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm>. Accesso il 10 mar. 2011.

²³ Racconta Bebbber che l'espressione si deve ad Aulo Gelio (125-175 d.C.), un giovane chiamato dai pretori per esercitare l'incarico di giudice, per il quale iniziò a studiare avidamente. Tuttavia, si è imbattuto un'occasione in una situazione inusitata: una richiesta per debito mosso da un uomo notoriamente probo, a scapito di un imputato notoriamente sleale. La sottigliezza del caso era nel fatto che l'imputato negasse il debito, e che l'autore non poteva provarlo attraverso documenti o testimoni. Consumato dal dubbio, Aulo Gelio fu consultarsi con i suoi simili, che lo consigliarono di seguire le regole dell'onere della prova e, di conseguenza, assolvere l'imputato. Non conformato, egli cercò un filosofo, Favorino, che gli disse di dare ragione all'onesto a scapito del perfido. Allo stesso tempo, però, che Aulo Gelio non riusciva a dar ragione all'improbo, non riteneva anche giusto condannarlo senza prove. Così, giurò che l'argomento “non era chiaro” (*non liquet*), e si liberò da sentenziare. (BEBBER, Júlio César. Princípios do Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 1997, p. 244- 245).

diniego di giustizia²⁴. Anche se nulla possa soccorrere l'operaio del diritto, poiché, come avverte Carnelutti, il giudice decide non perché sa, ma come se sapesse²⁵.

Certamente l'esternalizzazione in generale e, particolarmente, nel servizio pubblico, sfida vari principi informatori del diritto amministrativo, e comporta qualche ingiustizia, considerandosi i valori sociali del lavoro, della buona fede e della dignità umana, ma ci dev'essere sempre un consenso nell'indisponibilità del patrimonio pubblico, la legalità e il divieto dell'ingresso nella carriera pubblica senza concorso, dove dev'essere analizzato ogni singolo caso e devono essere cercate sia il primato della realtà, sia i benefici che, difatti, possano scaturire dal partenariato onesto tra l'iniziativa privata e il potere pubblico.

7 RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALVAREZ, Manuel S. B. **Terceirização: parceria e qualidade**. Rio de Janeiro: Campus, 2006.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Trad. e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BEBBER, Júlio César. **Princípios do Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.
- BRASIL. **Código de Processo Civil (1973). Código de Processo Civil e Constituição Federal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011
- CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**. Nápoles: Morano, 1958.
- CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 34ª edição. Atualizada por Eduardo Carrion. Legislação Complementar e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de. **Lei de Responsabilidade Fiscal: ensaios em comemoração aos 10 anos da Lei Complementar nº 101/00**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo, Malheiros, 2000.
- CERONI, Roberto. **Esternalizzazione: Um Problema da Affrontare**, Itália:2014.
- DAL BON, Emiliana M. **La somministrazione di lavoro**. Milano: Giuffrè, 2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2017.
- FAILLA, Luca; ROTONDI, Francesco. **La somministrazione di lavoro: differenze con il contratto a termine e l'appalto di servizi**. Milano: Giuffrè, 2012.
- FELÍCIO, Alessandra Metzger, Henrique, Virginia Leite. **Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica**. In **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- FIorentino L., MATTARELLA B.G. **L'esternalizzazione delle gestioni amministrative nelle pubbliche amministrazioni**, Maggioli Editore, 2007.
- FOCCILLO, Antonio. **Il rapporto di lavoro del pubblico impiego: evoluzione e commento**. Roma: Aracne, 2013.
- FURQUIM, Maria Célia de Araújo. **Nem empregado, nem autônomo: parassubordinado**. São Paulo: LTr, 2015.
- GHERA, Edoardo. **Diritto del Lavoro**. 17. ed. Bari: Cacucci, 2012.
- GRANDI, Gaetano Zilio. **Dieci anni di flessibilità e dieci punti di riflessione. Lavoro e Previdenza Oggi**, Milano, v. 34, n. 12, p. 1.714-1.717, dic. 2007.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização no Direito do Trabalho**. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁴ Secondo l'art. 4º del Codice Civile francese, che stabilisce così: "Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". (FRANCIA. Codice Civile (1804). Codice Civile. Disponibile su: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Accesso il 03 mar. 2018)

²⁵ Nell'originale: "*In giudice decide non perché sa ma come sapesse*". (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 256).

- MORAES FILHO, Evaristo. **Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa**. São Paulo, LTr, 1993.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. Editora LTr: São Paulo, 2015.
- OCCHINO, Antonella. **L'interposizione nei rapporti di lavoro: somministrazione di lavoro e distaccodi lavoratori subordinati**. Roma: Giuridica, 2014.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. **Terceirização**. Revista TST, Brasília, vol. 80, 2016.
- ROSSI, Donatella. **Esternalizzazione, Terceirizzazione o Più Semplicemente "Outsourcing"**. Revista di cultura econômica dell'Associazione Artigiani e Piccole Imprese Mestre CGIA, n° 25, II, quadrimestre 2010.
- RUNGGALDIER, Ulrich. **Tendances actualles Du droit Du travali italien**. Paris, 1985.
- SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. **I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa: una fattispecie in via di trasformazione?** Napoli: Jovene, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.