

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA (IDP)
ESCOLA DE DIREITO DO BRASIL (EDIRB)
MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM DIREITO, JUSTIÇA E
DESENVOLVIMENTO

CAMILA MARIA FOLTRAN LOPES

**RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA POR
ENCARGOS TRABALHISTAS NAS TERCEIRIZAÇÕES:**

UMA DISCUSSÃO LONGE DO FIM

SÃO PAULO

2021

CAMILA MARIA FOLTRAN LOPES

**RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA POR
ENCARGOS TRABALHISTAS NAS TERCEIRIZAÇÕES:**

UMA DISCUSSÃO LONGE DO FIM

Qualificação de Dissertação de Mestrado,
desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr.
Flávio Henrique Unes Pereira apresentada para
obtenção de Aprovação em Exame de
Qualificação.

SÃO PAULO

2021

CAMILA MARIA FOLTRAN LOPES

**RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA POR
ENCARGOS TRABALHISTAS NAS TERCEIRIZAÇÕES:**

UMA DISCUSSÃO LONGE DO FIM

Defesa de Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Interdisciplinar Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Data da Defesa

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador Dr. Flavio Henrique Unes Pereira
Filiação Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof.^a. Avaliadora Dra. Monica Sapucaia Machado
Filiação Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof.^a. Avaliadora Dra. Marilda de Paula Silveira
Filiação Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Dedico esse trabalho, assim como tudo o que de bom faço na vida, a meus pais. Dedico também especialmente ao meu orientador Prof. Dr. Flávio Unes e as professoras Dr.^a Monica Sapucaia e Dr.^a Marilda Silveira que me colocaram no prumo de uma pesquisa acadêmica, com todo carinho e rigor que uma qualificação merece.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DF – Distrito Federal

PROC - Processo

STF – Supremo Tribunal Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1.	A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	13
2.	RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS ENCARGOS TRABALHISTAS	24
2.1.	Responsabilidade pelos olhos da Administração Pública – Princípio da Legalidade	24
2.2.	Responsabilidade pelos olhos do Tribunal Superior do Trabalho e a Súmula nº 331 – Princípio da Proteção	25
2.3.	Responsabilidade pela Suprema Corte – Pragmatismo Jurídico (Princípio da Realidade)	29
2.3.1	Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 –STF	29
2.3.2	Recurso Extraordinário de Repercussão Geral nº 760.931 –DF.....	33
2.4	Reflexos dos Posicionamentos dos Tribunais Superiores nos Julgados do TRT da 2. ^a Região	49
2.4.1	Processos selecionados no ano de 2016.....	51
2.4.2	Processos selecionados no ano de 2019.....	57
2.4.3	Processos selecionados no ano de 2021.....	63
2.4.4	Conclusão sobre a Jurisprudência selecionada do Tribunal.....	71
2.5	A responsabilidade da Administração na nova legislação	71
3	RESPONSABILIDADE CIVIL COMO INSTITUTO CONSOLIDADO.....	81
3.1	Breves noções sobre o conceito de responsabilidade.....	82
3.2	Limites da responsabilidade	83
	3.3 Culpa <i>in vigilando</i> – requisitos e limites para fiscalização	86
	3.4 Nexo causal entre o dever legal e o dano	88
	3.5 Ônus da prova	91
4	CONCLUSÃO	97
	REFERÊNCIAS.....	103

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a estudar aspectos da responsabilidade da Administração Pública Direta pelos encargos trabalhistas quando inadimplidos pela empresa terceirizada contratada para prestação de serviços por meio de regular processo de licitação.

Observando os pressupostos de um Estado de Direito, os preceitos constitucionais da separação dos poderes e a legislação infraconstitucional acerca da contratação de serviços pela Administração Pública propõe-se a uma análise pelo método interpretativo acerca dos entendimentos jurisprudenciais adotados pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a mencionada responsabilidade condições e limites para a responsabilização da Administração Pública Direta diante da inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados.

O estudo parte das legislações aplicáveis e se aprofunda, principalmente, na análise do posicionamento do TST, notadamente expressado pela Súmula nº 331, e do STF, quando dos julgamentos da Ação Direta de Constitucionalidade 16-DF e do Recurso Extraordinário nº 760.931, também do Distrito Federal (DF).

O objetivo do estudo é a análise dos limites e das condições a respeito da possibilidade de responsabilização da Administração Pública Direta.

O referencial utilizado é a análise feita nos diferentes votos dos ministros do STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931.

A pesquisa busca esclarecer quando será possível a responsabilização de forma subsidiária da Administração Pública Direta pelos pagamentos dos encargos trabalhistas dos trabalhadores de empresas contratadas através de regular processo de licitação.

Os instrumentos de investigação utilizados foram as leis nº 8.666/93, a nº 14.133/21, o posicionamento do TST e do STF, assim como da jurisprudência selecionada do Tribunal Regional do Trabalho da 2.^a Região e a doutrina civilista acerca da responsabilidade civil por culpa *in vigilando*.

Palavras-chave: Administração Pública. Terceirização. Responsabilidade. Legitimidade Democrática.

ABSTRACT

The present work proposes to study aspects of the Direct Public Administration's responsibility for labor charges when defaulted by the outsourced company hired to provide services through a regular bidding process.

Observing the presuppositions of a Rule of Law, the constitutional precepts of the separation of powers and the infra-constitutional legislation regarding the contracting of services by the Public Administration, it is proposed an analysis by the interpretative method on the jurisprudential understandings adopted by the Superior Labor Court (TST) and by the Federal Supreme Court (STF) on the aforementioned responsibility, conditions and limits for the accountability of the Direct Public Administration in the event of default by the contractor in relation to the labor charges of outsourced workers.

The study departs from the applicable legislation and goes deeper, mainly, in the analysis of the position of the TST, notably expressed by Precedent No. 331, and of the STF, in the judgments of the Direct Action of Constitutionality 16-DF and of the Extraordinary Appeal No. 760.931, also of the Federal District (DF).

The aim of the study is to analyze the limits and conditions regarding the possibility of accountability of the Direct Public Administration.

The reference used is the analysis made in the different votes of the STF ministers in the judgment of Extraordinary Appeal No. 760,931.

The research seeks to clarify when it will be possible to make it possible for the Direct Public Administration to be held liable in a subsidiary manner for the payment of labor charges for workers from contracted companies through a regular bidding process.

The investigation instruments used were the laws nº 8.666/93, nº 14.133/21, the position of the TST and the STF, as well as the selected jurisprudence of the Regional Labor Court of the 2nd Region and the civil doctrine on civil liability by fault in vigilando.

Keywords: Public Administration. Outsourcing. Responsibility. Democratic Legitimacy.

INTRODUÇÃO

O assunto do presente trabalho consiste na análise da responsabilidade da Administração Pública Direta pelo pagamento dos encargos trabalhistas dos empregados terceirizados, em caso de inadimplência pelas empresas contratadas por meio de regulares processos licitatórios de prestação de serviços, especialmente sob o ponto de vista da norma jurídica positivada e o posicionamento jurisprudencial das Cortes Superiores.

A Constituição Federal prevê para a Administração Pública Direta e Indireta a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para contratação de bens e serviços.

Para disciplinar esse mandamento constitucional, o legislador infraconstitucional estabeleceu regras gerais para realização de licitações, bem como para a formalização de contratos administrativos.

Tal regramento, traz como regra a exclusão da responsabilidade da Administração Pública por encargos trabalhistas em caso de inadimplência das empresas terceirizadas.

A constitucionalidade do texto excludente fora reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Constitucionalidade (ADC 16), com ponderações acerca da possibilidade de responsabilização em casos excepcionais.

Em razão da utilização, pela jurisprudência laboral, da responsabilização subsidiária como regra, em aparente contrariedade ao então decidido pela Corte Suprema, diversas reclamações e recursos extraordinários foram levados à Suprema Corte, sendo o Recurso Extraordinário nº 760.931-DF recebido como representativo de controvérsia com repercussão geral para análise do tema.

Os votos apresentados no julgamento do Recurso Extraordinário explicitaram vulnerabilidades jurídicas e práticas em torno do tema, as quais, contudo, não foram enfrentadas na ementa do tema 246 originado pelo referido recurso.

A análise dos acórdãos trabalhistas proferidos após apresentação do tema 246 não ressoa no cenário jurídico a segurança jurídica desejada após a pretensa pacificação de um tema submetido à análise com repercussão geral pela Suprema Corte.

De outro lado, a recente alteração legislativa quanto aos preceitos gerais para licitações e contratos públicos trazidos pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que

vem para substituir a já tão conhecida Lei nº 8.666/93 pode acalorar ainda mais a quentura desse caldeirão.

A importância do estudo da norma posta e dos valores existentes na sociedade que dela se utilizam são imprescindíveis para entender a problematização em torno do tema e o desenvolvimento de proposições acerca de resoluções dessa celeuma ainda tão tormentosa.

A escolha do tema se deu em razão da contínua insegurança jurídica que o permeia, da multidisciplinariedade que o cerca e de sua constante judicialização em todo território nacional.

O presente trabalho propõe uma análise sobre a responsabilização da Administração Pública Direta, os limites e as condições de sua aplicação, diante da legislação vigente frente ao anseio social de justiça na seara laboral, e sobre a insegurança jurídica em razão do (não) posicionamento judicial.

A análise deverá concluir quando se mostra possível, à luz da metodologia utilizada, a responsabilização da Administração Pública Direta pelos encargos trabalhistas dos empregados do contratado por meio de regular processo de licitação, bem como eventual necessidade de alteração legislativa para estabilização da segurança jurídica.

Para o desenvolvimento do trabalho, o primeiro capítulo apresenta ao leitor a forma como se dá a contratação de serviços terceirizados pela Administração Pública, o procedimento a ser seguido e alguns princípios que o norteiam, observando o recorte deste estudo, que restringe à análise da responsabilidade da Administração Pública Direta, apenas, com exclusão da Administração Pública Indireta.

O capítulo apresentará os diplomas legais que tratam da terceirização de serviços pela Administração Pública e como se apresenta a previsão legal vigente no que diz respeito à responsabilidade da Administração Direta.

O segundo capítulo propõe uma análise de como se posicionam o TST e o STF sobre o tema da responsabilidade subsidiária em caso de terceirização de serviços pela Administração Pública. O estudo no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho se dará com enfoque na Súmula nº 331, sua função de uniformização de jurisprudência e às adaptações sofridas frente ao posicionamento da Suprema Corte.

Já em relação à Corte Suprema, a proposta é compreender o raciocínio utilizado na decisão da Ação Direta de Constitucionalidade 16 – DF, que sedimentou a constitucionalidade do dispositivo da Lei de Licitações (então previsto no § 1º do

artigo 71, da Lei nº 8.666/93), e no Recurso Extraordinário nº 760.931-DF, que traz parâmetros interpretativos para a responsabilização da Administração diante do reconhecimento da constitucionalidade da Lei de Licitações, e os impactos futuros desses fundamentos.

Encerra o capítulo uma análise das decisões do maior Tribunal Trabalhista do país antes e depois do posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF).

No Terceiro capítulo será abordado o instituto da responsabilidade civil sob seu aspecto subjetivo, extracontratual, com os contornos trazidos pela doutrina, seus requisitos, limites e ônus probatório, bem como sua aplicação nas decisões judiciais que tratam do tema proposto.

1. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em que pese que o instituto da terceirização em si não seja objeto deste estudo, uma breve análise de sua evolução legislativa se mostra pertinente à contextualização deste trabalho.

A terceirização é um fenômeno oriundo da Ciência da Administração que em suma consiste em passar para outros a realização de atividades acessórias da empresa, para que esta possa se dedicar integralmente ao escopo de sua criação¹.

Um dos primeiros diplomas normativos a tratar do tema da terceirização é a própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)², logo em sua redação original da década de 40.

O artigo 455 da CLT³ traz a figura da subempreitada com responsabilização subsidiária do empreiteiro principal em caso de inadimplemento daquele.

Em que pese pioneira, a consolidação trabalhista não desenvolveu maior aprofundamento no tema, como destacava, antes da positivação do instituto, o Ministro do TST Maurício Godinho Delgado⁴.

Afora essas ligeiras menções celetistas (que hoje, podem ser interpretadas como referências incipientes a algo próximo ao futuro fenômeno terceirizante), não despontaram outras alusões de destaque à terceirização em textos legais ou jurisprudenciais das primeiras décadas de evolução do rama juslaborista brasileiro.

Assim, excluindo-se a legislação civil que já regulamentava a empreitada e a prestação de serviços pelo Código Civil 1916⁵, mas como relação contratual cível, sem qualquer liame trabalhista, as hipóteses de terceirização em nosso ordenamento

¹ ZOCKUN, Carolina Zancaner. Terceirização na Administração Pública. [ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL](#). coord. Vidal Serrano Nunes Jr. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/>. Acesso em: 25.08.2021.

² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo, Ltr. 2010. p.415

³ CLT Art. 455 – Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 9 out. 2021

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo, Ltr. 2010. p.415

⁵ Idem.

jurídico se concentravam na CLT com a possibilidade de sua ocorrência na subempregada (art. 455).

No âmbito da Administração Pública o fenômeno da terceirização surge com o Decreto-Lei nº 200/67⁶.

Referido decreto impulsionou a reforma administrativa em meados da década de 1960, tendo sido recepcionado pela constituição de 1988, e até hoje seus objetivos de eficiência e economicidade se mostram atuais e pertinentes.

Esse diploma legal, impôs à Administração Pública Federal uma nova diretriz, um novo rumo, um norte a ser seguido, estipulando como regra a **descentralização**⁷, passando a ser um dos princípios fundamentais da Administração Pública.

Essa diretriz, vigente até hoje, propõe um enxugamento do corpo estatal em busca de economicidade e eficiência. A descentralização se apresenta como ferramenta para viabilizar a consecução dos demais princípios fundamentais das atividades da Administração.

A alínea “c” do artigo 10⁸, do Decreto-Lei, prevê que a execução das atividades da Administração deve ser amplamente descentralizada nessa seara, por meio de contratos ou concessões.

Da leitura do referido diploma, se extrai que o entendimento quanto à descentralização para a ótica privada possui caráter mandamental, e não meramente sugestivo, consistindo em um verdadeiro norte a ser seguido pela Administração Pública.

Dessa feita, as diretrizes trazidas pelo Decreto-Lei permitiram o desenho de uma nova forma de gestão pública, a qual, em que pese o interesse pela valorização

⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 2.^a ed. Impetus, Niteroi. 2008. p. 501.

⁷ Decreto-Lei nº 200/67 – DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS;

Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:

III – Descentralização.

⁸ Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

§ 2º Em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

da autoridade dos postos mais elevados de comando, trouxe importante mudança paradigmática para a gestão pública em nosso país, especialmente voltada para o enxugamento do quadro de pessoal e eficiência em suas atribuições.

Seguindo as diretrizes trazidas pelo Decreto-Lei nº 200, no sentido da descentralização nas atividades da Administração Pública, a Lei nº 5.645/70 estabelece parâmetros para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais. Em 1997, a Lei nº 9.527 alterou a Lei nº 5.645/70 para ampliar sua incidência em diversas atividades exercidas pela Administração.

Com o regramento posto, expõe Patrícia Maeda:

Dessa maneira a União pode contratar com empresas da iniciativa privada 'a realização material de tarefas executivas', institucionalizando a triangulação entre tomadora de serviços e trabalhador, com a intermediação de empresa interposta⁹.

Tem-se aí o surgimento embrionário do que hoje se popularizou por terceirização.

A par dos diplomas jurídicos já mencionados, que dispunham sobre a subempregada e a descentralização apenas em âmbito da Administração Pública, diversos outros diplomas legislativos posteriores inauguraram o tema da terceirização de serviços propriamente dito, sem limitar a incidência de sua aplicação, para o âmbito da Administração Pública, mas, sim, com aplicação à iniciativa privada.

A Lei nº 6.019 de 1974¹⁰, com diversas alterações ao longo de sua vigência, dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e desenha a típica triangulação da prestação de serviços terceirizados, na qual se faz presente o trabalhador, o empregador e o tomador dos serviços, visualizando-se a separação da figura do efetivo empregador em relação à figura do tomador dos serviços prestados.

Embora essa legislação desenhe a relação triangular da terceirização, na versão inicial¹¹ do diploma sua aplicação era taxativa quanto à incidência apenas das relações de **trabalho temporário**, prevendo expressamente as hipóteses de seu cabimento.

⁹ MAEDA, Patrícia. *A Era dos Zero Direitos*. Trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora. São Paulo: LTr. 2017. p. 89.

¹⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 2 abr. 2021.

¹¹ Veremos adiante que este diploma legislativo foi alterado, sendo efetivamente positivado o instituto da terceirização em nosso ordenamento de forma ampla.

Na década de 1980, surge a Lei nº 7.102/83¹², que dispõe sobre a atividade de segurança para estabelecimentos financeiros (ampliada para além desses estabelecimentos pela Lei nº 8.863/94) e cria normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de **vigilância e de transporte de valores**, autorizando expressamente a terceirização dessas atividades de forma **permanente**, não apenas em caráter temporário como as possibilidades da Lei nº 6.019/74.

Nesse momento, é possível visualizar dois critérios para a terceirização extensível à iniciativa privada: um pela transitoriedade da necessidade do tomador (Lei nº 6.019/74), outro, pela característica do serviço prestado (Lei nº 7.102/83), o qual não se confundia com a atividade preponderante, finalística ou atividade-fim realizada pelo tomador de serviços.

A crescente utilização pela iniciativa privada do instituto da terceirização provocou atenção de entidades sindicais, doutrina e jurisprudência laboral, em defesa da atuação “no sentido de evitar a fraude, sem impedir a nova realidade imposta pela economia”¹³.

Em 2011 o TST realizou uma audiência pública para um melhor entendimento desse fenômeno que já dava sinais que teria vindo para ficar¹⁴.

Mas havia, ainda, a necessidade de uma legislação mais ampla e detalhada do instituto, vez que embora existente na prática, a jurisprudência trabalhista mostrava-se oscilante e não estabelecia critérios e condições claras e objetivas para utilização segura do instituto¹⁵.

Quando então, em 2017, fora publicada a Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017¹⁶, que alterou diversos artigos da Lei nº 6.019/74 e passou a disciplinar também as atividades de empresas de prestação de serviços e respectivas tomadoras de serviço, normatizando a terceirização.

¹² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm. Acesso em: 2 abr. 2021.

¹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Aspectos Jurídicos da Terceirização. Síntese Trabalhista. São Paulo. a.6, n.. 68, p. 17-30 fev. 1995.

¹⁴ MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva; THOMAZIN, Francini de Castro. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. Revista Magister de Direito do Trabalho, Porto Alegre, a.8, n. 44, p. 5-23, set/out. 2011.

¹⁵ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753557482>. Acesso em: 10 out. 2021

¹⁶ Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: 2 abr. 2021.

Após referida alteração legislativa a terceirização deixou de se vincular a determinadas atividades profissionais ou a determinadas circunstâncias empresariais e passou a ser admitida de forma ampla em nosso ordenamento.

Além de diversas disposições, a Lei de Terceirização traz um importante marco no que diz respeito à discussão sobre a possibilidade, ou não, de terceirização de atividade-fim, conferindo maior segurança jurídica a esse instrumento de desenvolvimento econômico.

A nova legislação remete à ideia de serviços determinados e específicos, qualquer que seja o ramo dos serviços, não fazendo distinção entre atividade-meio e atividade-fim.

A alteração legislativa que positivou a terceirização teve sua constitucionalidade questionada perante à Suprema Corte por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5685-DF¹⁷ (com apensamento das ADIs 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735), a qual, em suma, alega inconstitucionalidade formal e material da lei, nesta fundamentando-se em alegações de retrocesso social e precarização das condições de trabalho.

Referida ação tramitou sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, sendo julgada improcedente, em julgamento equilibrado, com importantes reflexões para ambos os lados, vencidos os ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

A Corte Suprema já havia reconhecido a constitucionalidade da terceirização tanto na atividade meio quanto na atividade fim no julgamento da ADPF 324¹⁸:

A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

Importantes destaques do referido julgamento acima é que o Supremo reconhece os direitos garantidos aos trabalhadores em nosso diploma maior (o status constitucional dos direitos trabalhistas, não fora por mera prolixidade da constituição, mas sim pela importância e vulnerabilidade das conquistas sociais), mas ao mesmo tempo, evidencia que a Constituição não impõe um “modelo específico de produção e

¹⁷ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753557482>. Acesso em: 2 abr. 2021.

¹⁸ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753557482>. Acesso em: 10 out. 2021.

que a terceirização não traz consigo necessária precarização das condições de trabalho¹⁹.

Conforme destacado nos votos dos Ministros (na ADI 5685-DF) as condições de mercado e de produção são outras, sendo necessárias adaptações legislativas para a manutenção das fontes de trabalho e da evolução econômica de nosso país.

Nas palavras do Ministro Relator, a terceirização é uma questão “muito mais sociológica do que jurídica²⁰”

Ao citar o caso americano *Lochner vs. New York*, paradigmático caso de ativismo judicial, o ministro relator enfatiza a necessidade de o direito observar os fatos sociais, na seguinte passagem²¹:

Se a Suprema Corte americana impôs freios a opções políticas definidas pelo legislativo, por aqui, o TST tem colocado sérios entraves a opções políticas chanceladas pelo Executivo e pelo Legislativo. Ao fim e ao cabo, a engenharia social que a Justiça do Trabalho tem pretendido realizar não passa de uma tentativa inócua de frustrar a evolução dos meios de produção, os quais têm sido acompanhados por evoluções legislativas nessa matéria.

E acrescenta²²:

Ou seja, aqui não se trata de optarmos entre um modelo de trabalho formal e um modelo de trabalho informal, mas entre um modelo com trabalho e outro sem trabalho; entre um modelo social utópico, como tão frequentemente nos alertou Roberto Campos, e um modelo em que os ganhos sociais são contextualizados com a realidade.

O fenômeno da terceirização, tal como se encontra, não pode ser considerado uma conquista em termos de direitos sociais, mas fechar os olhos à sua existência, ou proibir juridicamente um fato consolidado, não o fará desaparecer.

Nesse sentido, não nos cabe mais a negativa do instituto, mas sim reconhecê-lo, estudá-lo e aprimorá-lo.

A existência de eventual fraude não pode macular o instituto, mas sim aprimorar sua regulação, fiscalização e punição em caso de irregularidades.

O julgamento do STF, contextualiza a legislação aos modelos descentralizados vivenciados mundialmente, reconhece a constitucionalidade da Lei de Terceirização como um importante instrumento de desenvolvimento econômico nacional, sem,

¹⁹ Acórdão ADI 5685-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344110631&ext=.pdf>. p. 8. Acesso em: 24 jul.2021.

²⁰ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753557482>. Acesso em: 10 out. 2021.p. 29

²¹ Idem. p. 15.

²² Idem. p. 17.

contudo, deixar de destacar a necessária tutela ao trabalhador, ao impor ao contratante o ônus de verificação da idoneidade e capacidade financeira da empresa de prestação de serviço, além da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços.

No que tange a utilização da terceirização pela Administração Pública, ao contrário dos particulares em geral, a Administração, em razão da utilização de dinheiro público em suas contratações, deve observância a regras preestabelecidas para a operacionalização de seus contratos, o que inclui a terceirização de serviços.

Cabe ainda desatacar que a terceirização em âmbito público, por vezes esbarrará na observância do concurso público como forma de contratação, que embora não seja objeto de deste estudo, não pode deixar de ser destacado.

Desse modo, a Administração deve observar, os limites e princípios administrativos previstos constitucionalmente²³, especialmente o que diz respeito aos critérios de transparência, à objetividade e à isonomia, previstos na legislação ordinária²⁴.

A Constituição Federal, tanto em razão de seus postulados garantidores de direitos democráticos e sociais quanto por trazer a democracia após o regime autoritário que a antecedeu, traz diversas limitações ao Estado em prol das garantias fundamentais do cidadão.

A disposição topográfica dos artigos, e o próprio conteúdo dos mesmos, evidenciam a mudança axiológica trazida pelo diploma maior. Ressaltando a valorização do ser humano, de forma individual e coletiva, estabelecendo limites e diretrizes ao poder estatal.

Nesse sentido, o artigo 37 da Constituição impõe à Administração Pública, em todas as esferas de poder, a observância dos princípios constitucionais que a norteiam, a obrigatoriedade de observância de procedimento licitatório para contratação.

Para operacionalização do comando constitucional, no que tange à contratação de serviços pela administração, o gestor possui como principais comandos legais o Decreto-Lei nº 200/67, que dispõe sobre a organização da administração federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, e a Lei de Licitações, que

²³ Constituição Federal Art. 37. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 10 out. 2021.

²⁴ Lei 8.666/93 e Lei 14.133/21.

regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, ao instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Assim, no que tange a Administração Pública, para que se mostre legal e válida a contratação por terceirização, se faz necessária que esta se dê via procedimento licitatório para a garantia de diversos interesses, como o interesse público coletivo, que sem dúvida, está presente na proteção constitucional, ao se exigir a realização de licitação para contratação, com o objetivo de impedir direcionamentos motivados por interesses particulares, obscuridades com o gasto público ou desvios.

De outra banda, presente também está a proteção aos direitos de interessados em contratar com o poder público, ao garantir publicidade na contratação, condições isonômicas de participação, julgamento objetivo e garantia de recebimento pelo particular.

O processo licitatório também assegura maior conforto e segurança ao gestor público, uma vez que suas ações são pautadas em diretrizes constitucionais e legais no manejo do erário²⁵.

Como já salientado, no âmbito da Administração Pública, a contratação de serviços específicos deve observar os requisitos e os limites previstos na legislação vigente.

O artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, já colacionado neste estudo, elenca os princípios expressos norteadores da Administração Pública, e, entre eles, encontra-se o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade é a representação do Estado de Direito. É o princípio que assegura os limites do Estado frente aos direitos individuais e coletivos, assim como assegura a legitimidade dos atos praticados pelo próprio Estado.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, “o princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei”²⁶.

Nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷, o princípio da legalidade

constitui umas das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que define, estabelece também os

²⁵ Decreto-Lei 4657/42. Art. 23. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em 10 out. 2021.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Althas, 2013. p. 19.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67.

limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

Para Fernanda Marinela²⁸:

Observando esse princípio, a Administração só pode fazer aquilo que a lei autoriza ou determina, instituindo-se um **critério de subordinação à lei**. Nesse caso, a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos da autorização contida no sistema legal.

Assim, temos que o princípio da legalidade deverá conduzir todos os atos da Administração Pública.

O mesmo dispositivo constitucional em comento (art. 37), em seu inciso XXI, impõe a adoção do processo de licitação como regra para contratações pela Administração Pública.

A licitação deverá assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Para regulamentar e operacionalizar o dispositivo constitucional, o legislador infraconstitucional aprovou a Lei nº 8.666/93, que, após quase trinta anos de vigência, será substituída pela Lei nº 14.133/21, a qual passa a ser a nova Lei de Licitações.

Durante a elaboração deste trabalho foi aprovada e publicada a Nova Lei de Licitações, que possui regras transitórias para sua entrada em vigor. Não revogou de imediato a Lei 8.666/93, porém entra em vigor na data de sua publicação.

Nesse sentido, o estudo com atenção à esta particularidade, porém trazendo à análise o novo diploma legal.

A Nova Lei de Licitações estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, abrangendo, ainda, os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa, os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública, mas exclui de sua aplicação as empresas

²⁸ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 31.

públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que seguem regidas pela Lei nº 13.303/16.

A nova Lei Geral de Contratações repete princípios da legislação antecedente, acrescentando a necessária observância à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²⁹.

Além de repetir o princípio da legalidade, já destacado neste estudo, a lei apresenta como inerente aos processos licitatórios, assim como no dispositivo anterior, o princípio da vinculação ao edital e à segurança jurídica.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, “a licitação é um procedimento orientado a reduzir o risco de escolhas fundadas em critérios subjetivos, vinculando o administrador à disciplina legal e ao conteúdo do ato convocatório”³⁰.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no *caput* do artigo 5º da Lei de Licitações, é enaltecido pelo artigo 92 do mesmo diploma legal³¹.

Esse princípio traz uma garantia ao gestor nos diversos escalonamentos hierárquicos dentro da Administração, e representa uma garantia ao particular interessado em participar do processo licitatório.

Essa garantia alcança o objeto licitado, os requisitos de habilitação e as propostas (técnica e comercial), os critérios de julgamento do certame e **as disposições pertinentes à execução do contrato** firmado em decorrência do processo de licitação concluído.

Dessa feita, importante salientar que o edital vincula não apenas a fase de propostas do processo licitatório, **mas também a fase contratual, assim como os direitos e as obrigações do contratante e do contratado.**

²⁹ Lei 14.133/21. Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acessado em 09.10.2021.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 72.

³¹ Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

II – a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta; [...]

Nos ensinamentos de Jessé Torres Pereira Junior³²:

vinculação ao instrumento convocatório faz do edital ou do convite a lei interna de cada licitação, impondo-se a observância de regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas ou condições.

Na mesma linha, expõe Marçal Justen Filho³³:

Na licitação, a vinculação a lei é complementada pela vinculação ao ato convocatório. A Administração dispõe de margem de autonomia para configurar o certame. Mas incumbe à Administração determinar todas as condições da disputa antes de seu início e as escolhas realizadas vinculam a autoridade (e aos participantes do certame).

Nesse sentido, a Administração Pública estará sempre vinculada às disposições legais e editalícias como forma de limitar e proteger a própria Administração, bem como limitar e proteger os particulares interessados, afastando qualquer surpresa, inovação, subjetivismo e arbitrariedades.

O destaque que se faz a esse princípio aliado ao princípio da segurança jurídica reflete a vinculação do gestor e do contratado quanto às **atividades de fiscalização da execução do contrato e do objeto contratado, inclusive quanto à fiscalização de cumprimento de algumas obrigações trabalhistas**.

Ou seja, o instrumento convocatório deverá disciplinar como se dará a fiscalização pela Administração, quais documentos serão exigidos do contratado para fins de pagamento, quais hipóteses poderão haver – se, eventualmente, retenção ou glosa do pagamento – quais comprovações trabalhistas devem ser exigidas e em quais momentos devem ser apresentadas, entre outros.

Postas as premissas pertinentes à contratação de serviços pela Administração Pública, passamos a analisar a responsabilidade da Administração-Contratante por eventuais encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada a respeito dos empregados envolvidos na execução do contrato firmado em decorrência de regular processo licitatório.

³² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações da Administração Pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 55.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 73.

2. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS ENCARGOS TRABALHISTAS

A responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados diante da inadimplência do empregador é tema de calorosa discussão na doutrina e jurisprudência de nosso país.

Segundo dados divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho no Relatório de Movimentação Processual do ano de 2020³⁴ um dos cinco assuntos mais julgados no ano passado é a terceirização em ente público com 35.280 casos.

Ainda segundo o Conselho Nacional de Justiça - CNJ³⁵ dos cinco maiores litigantes na Justiça Laboral quatro integram a administração pública.

Neste cenário, se mostra imperioso analisar a responsabilidade da administração pública nas terceirizações sob o prisma dos diferentes atores sociais.

2.1. Responsabilidade pelos olhos da Administração Pública – Princípio da Legalidade

A Administração Pública sempre defendeu sua irresponsabilidade por quaisquer encargos trabalhista utilizando-se da interpretação literal do parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei 8.666/93³⁶, que disciplina a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas nos seguintes termos (com nosso destaque):

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos

³⁴ Disponível em:

<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/24361510/Movimenta%C3%A7%C3%A3o+Processual+%281%29.pdf/7d0b7d56-b540-aa4f-27e3-af53079876c2?t=1585397125983>. Acesso em 9 de out. 2021

³⁵ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tribunal-do-superior-do-trabalho-julgou-mais-processos-em-2020/>. Acesso em 9 out. 2021

³⁶ Lei 8.666/93, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 9 out. 2021.

termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.)

Calcado no princípio da legalidade restrita, aplicada à Administração Pública por força de comendo constitucional, e há muito destacado pelo renomado administrativista Hely Lopes Meirelles³⁷:

“As leis administrativas são, normalmente, de *ordem pública*, e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contém verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes conferidos à administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador, sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa.”

A interpretação literal direciona no sentido de inexistência de responsabilidade da Administração Pública por encargos e dívidas do contratado. A adoção da terceirização não teria o condão de transformar a Administração em devedora solidária ou subsidiária dos credores do contratado, devendo este, ser o único devedor³⁸.

Em que pese as manifestações administrativas sempre utilizarem da interpretação gramatical em suas defesas, a tese da total irresponsabilidade da Administração, causa reflexão inclusive no cenário administrativo, afinal, até mesmo a teoria dos direitos fundamentais impõe relativização a estes no caso concreto, sob pena de se validar a irresponsabilidade absoluta da Administração, o que identifica um Estado Absolutista, não um Estado Democrático.

De outra monta, a polarização radical entre a objetiva responsabilização aplicada pela Justiça do Trabalho e a total inexistência de responsabilidade defendida pela Administração dificulta a construção de um cenário de segurança jurídica almejado por um estado de direito.

2.2. Responsabilidade pelos olhos do Tribunal Superior do Trabalho e a Súmula nº 331 – Princípio da Proteção

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 13. ed. São Paulo RT. 1988. p 61.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 938.

A controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da responsabilidade da Administração Pública Direta pelos encargos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados contratados por meio de regular processo de licitação ganha relevância no cenário jurídico brasileiro, pois é cada vez mais frequente e incentivada a terceirização de serviços, especialmente na Administração Pública³⁹.

Nesse sentido, a jurisprudência trabalhista, de modo geral, embasada pelo princípio protetor, busca ampliar a responsabilização da Administração.

Nesse cenário, encontra-se o embate histórico, contínuo e presente entre a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e a Lei de Licitações.

A Súmula nº 331 do TST surgiu em decorrência da revisão do enunciado 256 do TST⁴⁰, cuja alteração fora solicitada pelo Ministério Público do Trabalho, para, ao fim e ao cabo, possibilitar que o Banco do Brasil, pudesse contratar indiretamente pessoal para serviços de apoio⁴¹, sem necessidade de realização de concurso público.

Assim era o Enunciado 256 do TST⁴²:

256 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas leis n.º 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços. (BRASIL, 1986)

A súmula não se enquadra como uma das formas de atuação do poder legiferante. Sua função é expressar, principalmente para a sociedade, certa previsibilidade e segurança nos julgamentos, bem como impor maior brevidade na solução dos processos, uma vez que se espera que a jurisprudência tenha “relativa estabilidade”⁴³. Casos semelhantes devem ter soluções semelhantes. Isso remete à segurança jurídica, inerente ao Estado de Direito e desejada por toda e qualquer sociedade.

Ainda que o entendimento jurisprudencial não tenha força de lei em nosso país, há uma tendência normativa a valorizar a fundamentação das decisões judiciais

³⁹ REIS, Luciano Elias. Terceirização na Administração Pública: breves reflexões críticas. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. Porto Alegre, a. 25, n. 311, p. 15-27, maio 2015.

⁴⁰ BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. *A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho*: a alteração na forma de compreender a terceirização. Dossiê: Classes Sociais e Transformações no Mundo do Trabalho. DOI: 10.5433/2176-6665.2011. Vol. 16, nº 1, p. 129-130.

⁴¹ Idem, p. 134.

⁴² Idem, p. 130.

⁴³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 954.

pautadas na uniformização da jurisprudência e por consequência a obtenção da maior segurança possível na prestação jurisdicional.

A técnica de precedentes judiciais “privilegia a previsibilidade e segurança jurídica além de prestigiar a garantia constitucional da celeridade na tramitação dos processos⁴⁴”

Dessa feita, mesmo que a súmula não tenha força de lei, a Súmula nº 331 do TST, em especial, nos remete a uma vinculação certamente mais acentuada da jurisprudência trabalhista.

Outra característica peculiar à mencionada súmula é que, desde seu nascedouro, em 1993, até os dias de hoje, ela vem passando por constantes alterações e adaptações⁴⁵.

As alterações em seu texto ocorrem em razão dos incansáveis debates acerca da presença cada vez mais intensa da terceirização de serviços, além do embate face a interpretação literal do comando da Lei de Licitações (§1º do artigo 71 da então Lei nº 8.666/93, atual §1º do artigo 121 da Lei nº 14.133/21), que dispõe que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

É, pois, nesse aspecto da súmula que se atém este estudo.

A primeira redação da Súmula nº 331 continha os seguintes incisos em relação à responsabilidade da Administração e os encargos trabalhistas:

[...]

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

[...]

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

No ano 2000, a redação do inciso IV foi alterada para explicitar a responsabilidade da Administração:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades

⁴⁴ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. Motivação das Decisões Judiciais. Coleção Atlas de Processo Civil. Atlas. São Paulo. 2012. p. 173.

⁴⁵ Disponível em:

https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 9 jan. 2021.

de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Alguns anos após essa alteração, que incluiu expressamente a Administração Pública, o então ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Vantuil Abala, em uma de suas declarações⁴⁶ reconheceu abertamente que, ao assim, proceder os ministros “ousaram” e foram em frente, atribuindo uma nova interpretação ao dispositivo da Lei de Licitações.

Após a declaração da constitucionalidade do dispositivo da Lei de Licitações pelo Supremo Tribunal Federal, seu texto foi novamente alterado para modificar o inciso IV e acrescentar os incisos V e VI:

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

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Em relação à legislação especial positivada, desde seu nascedouro, em 1993, não houve qualquer alteração⁴⁷ quanto à responsabilidade da Administração pela inadimplência dos encargos trabalhistas por seus contratados⁴⁸, tendo a Lei de Licitações, por interpretação literal, afastado expressamente a responsabilidade da

⁴⁶ [...] cada vez mais a terceirização acontecia no âmbito de entidades públicas, principalmente em estados e municípios, sociedades de economia mista, fundações, empresas públicas. Por incrível que pareça, era onde havia o maior número de inadimplência das prestadoras de serviços, talvez motivado esse fato pela circunstância de que essas prestadoras são contratadas por meio de uma licitação e, pela legislação, deveria ser escolhida a empresa que apresentasse o menor preço.

[...] Diante disso, achamos que deveríamos ousar e ir em frente e dizer que havia a responsabilidade da entidade pública, dando uma interpretação nesse sentido ao dispositivo da Lei de Licitação, não dizendo que ele era inconstitucional, mas que não se aplicava a esse tipo de contrato, embora sendo contrato de licitação. Acho que foi uma das coisas mais importantes que esse Tribunal fez, de maior repercussão social, houve uma reação muito grande por parte de vários Ministros, como houve uma reação muito grande no mundo jurídico. BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. *A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização*. Dossiê: Classes Sociais e Transformações no Mundo do Trabalho. DOI: 10.5433/2176-6665.2011. Vol. 16, nº 1, p. 139.

⁴⁷ Exceto, quando se trata da contratação de serviço de mão de obra com dedicação exclusiva, trazida pela nova lei de licitações (Lei 14.133/21)

⁴⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 9 jan. 2021.

Administração Pública, mantendo assim o constante embate entre a seara administrativa e a seara trabalhista.

Esse aparente embate entre a legislação e o posicionamento jurisprudencial laboral provocou manifestações da Suprema Corte, as quais, em linhas gerais, reconheceu a constitucionalidade do dispositivo legal específico (§ 1º, artigo 71 da Lei nº 8.666/93), mas admitiu sob certas condições a responsabilização da Administração Pública.

2.3. Responsabilidade pela Suprema Corte – Pragmatismo Jurídico (Princípio da Realidade)

As palavras de Rodrigo Lins e Silva Candido de Oliveira⁴⁹, se mostram pertinentes à análise trazida pela Suprema Corte em relação à responsabilidade da Administração Pública

“A sociedade evolui, o mundo se transforma. O direito e a justiça devem seguir a mesma linha. Se não o fizerem, podem sofrer as consequências alertadas por Georges Ripert: “quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito” Cabe ao legislativo elaborar as leis e cumpre ao judiciário, uma vez provocado interpretá-las e fazer a sua aplicação no caso concreto. Entretanto, os fatos da vida vão surgindo e nem sempre a legislação tem regra expressa para todas as múltiplas hipóteses”.

O constante embate entre a defesa administrativa calcada no princípio da legalidade e a posição laboral alicerçada no princípio protetor levou o tema da responsabilidade da administração pública à análise pela Suprema Corte.

O tema 246⁵⁰ decorreu da análise construída a partir das reflexões trazidas na ADC 16 e no precedente de repercussão geral RE 760.931.

Nesse sentido, importante se faz a análise dos referidos julgados.

2.3.1 Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 –STF

Em razão do embate entre a legislação positiva, que excluía a responsabilidade e a jurisprudência dominante do TST que atribuía responsabilidade objetiva, em 2007,

⁴⁹ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/30125/vai-derretendo-a-sumula-n--1-do-tse>. Acesso em 9 out. 2021.

⁵⁰ Tema 246 - Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373217/false>. Acesso em: 9 out. 2021.

o governador do Distrito Federal propôs Ação Direta de Constitucionalidade⁵¹ em relação ao parágrafo 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, cujo relator fora o ministro Cezar Peluso, culminando na seguinte ementa:

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

As razões trazidas pelo requerente se consubstanciavam nas condenações do judiciário trabalhista com suposta negativa de vigência do dispositivo em comento, especialmente pela edição de súmula que, atribuía responsabilidade subsidiária à Administração Pública, igualando-a às empresas privadas, quando da inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do empregador contratado.

O Procurador Geral da República opinou pela improcedência do pleito, alegando que não fora trazido aos autos indícios de que o dispositivo tivesse tido sua “constitucionalidade verdadeiramente contestada”⁵².

De fato, o julgamento dessa ação passou pelo enfrentamento de questões processuais que foram felizmente superadas em prol da efetiva prestação jurisdicional⁵³ especialmente necessária no caso posto.

O devido entendimento do princípio da instrumentalidade das formas em prol do efetivo acesso à justiça impõe a verificação do cumprimento da real finalidade do ato e a ausência de prejuízo quanto a eventual desrespeito formal.

Nesse sentido, o pleno da Suprema Corte superou o equívoco formal quanto à utilização de ação direta de constitucionalidade para enfrentamento de súmula que não negava expressamente vigência à norma posta, mas que a produção de efeitos de sua manutenção, tal como redigida, impunha reflexos processuais equivalentes à negativa de vigência da lei, bem como diante da inequívoca controvérsia judiciária acerca de tema, que frequentava diuturnamente o judiciário de todo o país.

⁵¹ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em: 9 jan. 2021.

⁵² Transcrição do julgamento da ADC-16. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em: 9 jan. 2021.

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 76.

Ainda que a Súmula nº 331 não expressamente negasse vigência ao §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, sua redação impunha responsabilidade direta à Administração, o que, segundo a Administração Pública, contrariava o dispositivo legal em comento, e seu efeito pacificador de jurisprudência e limitador de recursos impedia a análise, pela Suprema Corte, por via de Recurso Extraordinário.

Em defesa do julgamento de mérito da ação, o então ministro Marco Aurélio assim se manifestou:

Se avançarmos e viermos a declarar a constitucionalidade do ato normativo – e acredito na ordem natural das coisas –, o próprio Tribunal Superior do Trabalho reverá o verbete. E a consequência – digo até mais, porque se respeitam as decisões do Supremo – de uma possível glosa do verbete será a retirada, com toda a certeza, desse mesmo verbete do mundo jurídico. Por isso, penso que devemos enfrentar a matéria até mesmo para que não se tenha um verbete do Tribunal Superior do Trabalho com eficácia que suplante dispositivo emanado do Congresso Nacional. (grifo nosso)

Superada a questão processual, em razão da evidente controvérsia judicial relevante quanto ao tema, o pleno da Suprema Corte confirmou, por maioria, a constitucionalidade do dispositivo legal, calcado, inclusive, em parte do acórdão do qual resultou a redação da Súmula nº 331.

O precedente era claro quanto à necessidade de **análise de circunstâncias do caso concreto como requisito para atribuição de responsabilidade** à Administração Pública.

Nesse sentido, a ministra Cármen Lúcia menciona em seu voto⁵⁴ a necessidade de dilação probatória sobre a atuação na fiscalização pela Administração do contratado, sendo permitido à Administração comprovar o cumprimento de seu ônus. Dilação esta que, via de regra, não vinha sendo observada nos casos concretos.

O ministro Gilmar Mendes, a seu turno, destaca que há necessidade de uma fiscalização também dos órgãos de controle, especialmente em relação a contratações de empresa de fachada e com relação ao cumprimento das obrigações contratuais mínimas, como pagamento de salário, recolhimento previdenciário e depósitos fundiários.

Quanto à necessária fiscalização dos órgãos de controle para contratação de empresas de fachada, eventual demonstração de efetiva fraude, pode, no caso, ensejar a atribuição de responsabilidade por culpa *in eligendo* da Administração

⁵⁴ Julgamento da ADC-16. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em: 9 jan. 2021.

Pública, não culpa *in vigilando*. Na hipótese de contratação com observância de regular processo de licitação, presume-se afastada a culpa *in elegendo*.

Destaca ainda o ministro que, embora o entendimento do tribunal trabalhista passasse pelo reconhecimento da responsabilidade por culpa da Administração, o que vinha ocorrendo na prática era a atribuição de responsabilidade de forma irrestrita ao ente estatal.

Tal entendimento fez que o Ministro sugerisse uma mudança de postura na admissibilidade de recursos extraordinários. No caso sob análise, ainda que a responsabilidade ou não do ente público demandasse análise de prova, não era o caso de análise da prova em si, o que em tese impediria o acesso às Cortes Superiores, mas o que estava no fundo da discussão era se havia efetivo resultado prático do entendimento, ou seja, se na prática se investigava ou não a culpa.

O ministro Gilmar Mendes ressalta uma vulnerabilidade nos procedimentos de admissão de recurso pelas Cortes Superiores, os quais, na prática, impedia o acesso ao posicionamento do Supremo sobre a matéria.

A mera citação da palavra “prova” ensejava **não** conhecimento do recurso por instâncias especiais. Contudo, o que se buscava nos recursos não era a reanálise de prova em si, mas, sim, se sua produção fora analisada ou não. E invariavelmente não havia, nas instâncias de piso, qualquer preocupação quanto à prova ou não da culpa, presumindo-a meramente pelo inadimplemento.

Interessante notar que o então ministro Ayres Britto questiona a constitucionalidade da norma⁵⁵ por entender que a Constituição Federal não teria permitido a terceirização de serviços para além das hipóteses previstas constitucionalmente, observando-se as regras de concurso público, nomeação de cargo em comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

Em um parêntese nesse trabalho para divagação, o posicionamento do ministro nos leva à reflexão se, pela sua análise, a Constituição vigente teria ou não recepcionado o Decreto-Lei nº 200/67.

Voltando ao tema o ministro destaca, ainda, que rotineiramente os acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho não ecoam o entendimento contido no próprio

⁵⁵ Julgamento da ADC-16. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em: 9 jan. 2021.

precedente que deu origem à Súmula nº 331, especialmente no sentido de avaliar a conduta culposa no caso concreto, sendo, portando, necessária a alteração do preceito sumular.

Após o julgamento da ADC-16, com as observações tecidas por diversos ministros quanto à necessidade de alteração da redação da Súmula nº 331 do TST, esse Tribunal Superior, por meio da Resolução nº 174/2011, revisou o referido verbete, com alteração do inciso IV e a inclusão dos incisos V e VI, acrescentando a necessária **evidência de conduta culposa** no cumprimento das obrigações da Lei de Licitações, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

O caso que originou a ADC-16 advinha de um contrato de serviços especializados de engenharia e não de serviços de mão de obra propriamente dita, mas é interessante destacar esse ponto específico, visto que a Lei de Licitações (Lei 8.666/93) não diferenciava qualquer contratação pela Administração Pública, bem como serviços, obras etc.

Assim, a Suprema Corte, afastando a interpretação literal defendida pela Administração, declarou não estar a Administração Pública blindada de toda e qualquer responsabilização pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas pelos contratados, mas, sim, que sua responsabilização não pode ser automática em razão do mero inadimplemento.

2.3.2 Recurso Extraordinário de Repercussão Geral nº 760.931 –DF

Passados alguns anos da declaração de constitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 pela Suprema Corte, a aplicação de referido dispositivo ainda provocava uma infinidade de discussões nos processos laborais por todo o país envolvendo terceirização e o setor público.

Isso porque, em que pese o Tribunal Superior do Trabalho tenha alterado a redação do texto sumular⁵⁶ e nele incluído a necessidade de **evidência de conduta culposa** para dita atribuição de responsabilidade, certo é que as decisões trabalhistas continuavam atribuindo responsabilidade direta à Administração Pública, sem necessariamente investigar a culpa no caso concreto, **presumindo-se** a culpa da

⁵⁶ Súmula nº 331 do TST Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 18 abr. 2021.

Administração pela mera inadimplência e, na prática, como as decisões citavam a súmula em suas fundamentações, inviabiliza-se a recorribilidade da decisão para Cortes Superiores⁵⁷.

Nesse cenário, sob a então presidência da ministra Cármen Lúcia, contando com a relatoria da ministra Rosa Maria Pires Weber⁵⁸, esta, magistrada de carreira oriunda da Justiça do Trabalho, o tema da responsabilidade do ente público provocou novamente um posicionamento da Corte Suprema acerca da efetiva aplicação do dispositivo legal cuja constitucionalidade não mais se discutia, mas, sim, os **limites** de sua aplicação.

Tal discussão chegou ao Supremo por meio do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF⁵⁹ interposto pela União.

Em que pese a grande discussão ter se concentrado na responsabilidade da Administração Pública tomadora dos serviços, os ministros da Suprema Corte, em seus votos, por vezes adentravam no tema do instituto da terceirização, até então sem correspondente previsão em legislação específica no direito pátrio.

Ressalta-se mais uma vez que a análise do instituto da terceirização não faz parte do escopo deste trabalho, no entanto, se mostra imperioso destacar que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o instituto, destacou sua importância no cenário econômico tanto do mercado nacional quanto internacional, não o enquadrando como um instituto fraudulento ou de precarização das condições de trabalho, mas, sim, de valorização da eficiência, fator de desenvolvimento econômico e importante mecanismo de manutenção da sobrevivência de empresa e conseqüentemente existência de empregos.

O julgamento sob relatoria da ministra Rosa Weber destaca ainda que a constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, considerada pela Suprema Corte em 2010 por ocasião do julgamento da ADC-16, reconhece a “legítima escolha do legislador”.

Além da responsabilidade subsidiária da Administração, outros dois temas compunham o Recurso Extraordinário, juros de 1% e multas dos artigos 467 e 477 da

⁵⁷ CLT. Art. 896 – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

⁵⁸ Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao/anexo/CurriculumVitaeMinRosaWeberatualizado.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2021.

⁵⁹ Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Acesso em: 24 jan. 2021.

CLT. Contudo, o recurso fora parcialmente conhecido apenas quanto ao primeiro tema, reconhecendo os demais como matéria infraconstitucional.

A admissibilidade quanto ao tema da responsabilidade subsidiária se deu pois, após o julgamento da ADC-16, as sentenças e acórdãos trabalhistas, fundamentando suas decisões com a mera citação do verbete, atribuíam obrigação à Administração Pública tomadora com base na responsabilidade subsidiária em caso de culpa (*in vigilando*), sem contudo, investigar, no caso concreto, a existência ou não desta, como se verifica na ementa do caso recorrido nos autos do Recurso Extraordinário em comento⁶⁰ (grifos nossos).

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, CAPUT E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Em razão de tal cenário, o tema da responsabilidade da Administração Pública ganhou novamente assento na pauta da Suprema Corte.

Primeiramente cabe destacar que se coloca em destaque apenas a culpa *in vigilando*, uma vez que este estudo pressupõe a contratação por regular processo licitatório, ou seja, superada a culpa *in eligendo* que não comporta grandes discussões nos tribunais e não faz parte do objeto deste estudo.

A decisão recorrida, oriunda da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, transcrita no relatório do inteiro teor do acórdão do Recurso Extraordinário, deixa evidente que o tribunal trabalhista, ao menos de maneira formal, respeita os efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC-16 no sentido que o mero inadimplemento do contratado não gera a imediata responsabilidade da Administração Pública como tomadora de serviços.

Para que haja condenação subsidiária da Administração Pública, se faz necessário, no caso concreto, a análise de elementos fáticos probatórios que

⁶⁰ Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Plenário. Relatório. p. 16. Acesso em: 24 jan. 2021.

demostrem que a Administração não se desincumbiu satisfatoriamente de seu **ônus** de comprovar ter fiscalizado o cumprimento pelo empregador de suas obrigações.

No entanto, ao assim dispor, a jurisprudência laboral, em que pese formalmente se curvar ao entendimento do Supremo quanto à necessária existência de culpa para atribuição de responsabilidade, em seus julgados (no caso concreto) **presume** a culpa administrativa, que deve, em seu entendimento, ser elidida em instrução probatória, ou seja, impõe não apenas o ônus probatório à Administração, mas também uma presunção *juris tantum* em seu desfavor.

Com tal entendimento, a Justiça do Trabalho impunha condenação à Administração em todo e qualquer processo em que não se verificava a satisfatória comprovação cabal de fiscalização pela Administração Pública, tendo ou não havido nos autos efetiva discussão acerca de tal fiscalização.

A União, recorrente, aduz que a decisão proferida na ADC-16 admite como **exceção** a responsabilidade da Administração Pública em caráter subsidiário quando provada a culpa *in vigilando*, não sendo autorizada a presunção automática de sua inocorrência em detrimento à Administração.

Importante relembrar que, no julgamento da ADC-16, restou expressamente afastada a imputação da responsabilidade objetiva (vencido o ministro Marco Aurélio), sendo admitida apenas, e de forma excepcional, a responsabilidade subjetiva. Contudo, a celeuma persistiu quanto ao ônus probatório em relação à culpa da Administração, causando “divergência turmária”⁶¹ a respeito do ônus da prova no TST.

Em parecer no sentido de desprovimento do Recurso Extraordinário, o Procurador Geral da República argumenta pela impossibilidade de atribuir ao trabalhador a demonstração da omissão do ente público, pois, ao assim proceder, estaria atribuindo-lhe a “prova diabólica”.

Interessante notar que o ônus da prova ganha um novo olhar, processual, substituindo o foco até então, no princípio protetor⁶².

Neste sentido a responsabilidade da Administração não seria automática, mas sim que caberia a ela o dever de fiscalização e o ônus processual de provar o

⁶¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra; GASTI, Paula Corrêa. A (ir)responsabilidade da administração pública nas terceirizações diante da ADC-16 e da nova redação da Súmula 331 do TST. Revista dos Tribunais, São Paulo, a.101, n. 917, p. 387-404, mar. 2012, p. 10.

⁶² GUADALUPE, Tatiana Regina Souza Silva. A presunção negativa de responsabilidade objetiva da administração pública e atenuação do afastamento do princípio protetor em medida probatória. Revista Ltr, São Paulo, a. 76, t. I, n.6, p 740-744, jun. 2012.

cumprimento de seu dever para elidir a responsabilização em juízo, admitindo, portanto, a presunção relativa de culpa.

A ministra relatora defende a responsabilização do ente público em decorrência do princípio da proteção do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, ecoando a recorrente fundamentação encontrada até então nos julgados laborais.

É possível identificar a construção do seu raciocínio na responsabilização objetiva da Administração Pública, transcrevendo em seu voto diversos acórdãos da Suprema Corte em diferentes temas, sobre a responsabilidade objetiva. No entanto, a ministra reconhece que o julgamento da ADC-16 não fora nesse sentido, mas, sim, no reconhecimento da responsabilidade extracontratual subjetiva em caso de omissão quanto às obrigações de fiscalização que lhes são legalmente impostas.

Assim propõe, em sede de repercussão geral⁶³, que seja reafirmada a constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, bem como firme-se a tese da responsabilidade da Administração em caso de culpa comprovada, levando-se em conta os princípios disciplinadores do ônus da prova, seja pela culpa presumida, seja pelos princípios de aptidão da prova e cooperação na atividade probatória ou, ainda, pela distribuição dinâmica do ônus da prova, deixando claro em seu voto que o ônus de prova deve ser da Administração.

Quanto à análise do mérito recursal, a relatora nega provimento ao Recurso Extraordinário, por entender que o acórdão recorrido não afrontou dispositivos constitucionais, tampouco contrariou o entendimento da Súmula Vinculante 10 ou a decisão vinculante proferida na ADC-16.

Os ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Melo acompanharam integralmente o voto da relatora.

O ministro Edson Fachin, a seu turno, acompanha o voto da relatora, negando provimento ao recurso, mas acrescenta um relevante destaque para a tese em sede de repercussão geral.

Assim, importante se faz a transcrição da conclusão de seu voto⁶⁴ (grifos nosso):

⁶³ Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Voto da ministra Rosa Weber. p. 173. Acesso em: 24 jan. 2021.

⁶⁴ Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Voto do ministro Edson Fachin. p. 204-205. Acesso em: 24 jan. 2021.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário, já que a União sequer afirma que houve fiscalização, cuja ausência implica culpa *in vigilando*, decorrente de omissão de seu dever de fiscalizar a contratada. Fixo, ainda, a seguinte tese: “1. Em caso de terceirização, a Administração Pública responde subsidiariamente pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas da empresa contratada, no que respeita aos profissionais que tenham atuado em seu benefício, se restar comprovada falha do Poder Público em seu dever de fiscalizá-la (culpa *in vigilando*) ou em adotar as medidas cabíveis em relação ao inadimplemento. Precedente: ADC 16, rel. Min. Cezar Peluso. 2. Compete à Administração comprovar que houve adequada fiscalização. 3. O dever de fiscalização da Administração acerca do cumprimento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas constitui obrigação de meio, e não de resultado, **e pode ser realizado através de fiscalização por amostragem**, estruturada pelo próprio ente público, com apoio técnico de órgão de controle externo, caso em que gozará de presunção *iuris tantum* de razoabilidade. 4. Constatada, pelo Poder Público, a ocorrência de inadimplemento trabalhista pela contratada, as seguintes providências devem ser tomadas: (i) notificar a empresa contratada, assinando-lhe prazo para sanar a irregularidade; (ii) em caso de não atendimento, ingressar com ação judicial para promover o depósito, a liquidação do valor e o pagamento em juízo das importâncias devidas, abatendo tais importâncias do valor devido à contratada. 5. **Não é válida a responsabilização subsidiária da Administração Pública: (i) com afirmação genérica de culpa *in vigilando*, sem indicar, com rigor e precisão, os fatos e as circunstâncias que configuram a sua culpa *in vigilando*** ou (ii) se for comprovada, pela Administração, a realização de fiscalização por amostragem e a adoção das medidas mitigadoras antes indicadas”.

Desse modo, ainda que admita a atribuição do ônus probatório à Administração, Fachin apresenta importante destaque quanto à possibilidade de fiscalização por amostragem, como fazem os órgãos de controle externos, gozando de presunção *iuris tantum* de razoabilidade.

Nesse sentido destaca-se, a necessidade de identificação dos elementos processuais fáticos que levaram o magistrado a entender, pela ausência de fiscalização, o que enaltece a responsabilidade dos órgãos julgadores quanto à fundamentação no caso concreto, para o caso de eventual condenação, não bastando a afirmação genérica de falha na fiscalização.

Esse raciocínio impõe uma mudança cultural não apenas no judiciário, mas também aos advogados e, principalmente na Administração Pública, na preparação de suas defesas, na escolha de seus prepostos e na própria gestão dos contratos e documentos deles decorrentes.

Essa análise concreta dos efeitos da adoção da responsabilidade pela investigação de culpa parece ser a pedra de toque deste estudo. Razoabilidade para impor responsabilidade.

O ministro Luís Roberto Barroso também acompanha o voto da relatora, no sentido⁶⁵ de não admitir a responsabilidade automática da Administração, mas se esta tiver agido com culpa deverá ser responsabilizada, cabendo a ela a demonstração de que fiscalizou. Contudo, ele ressalta a necessidade de avaliar os contornos da atividade fiscalizatória pela Administração.

Assim, questiona o que seria uma fiscalização adequada e qual seria o dever da Administração diante de eventual irregularidade apurada durante a fiscalização.

Nesse sentido se vê mais uma vez a atenção aos efeitos práticos da decisão a ser tomada e da tese prestes a ser firmada.

Necessária a identificação da essência da abordagem nas diferentes instâncias trabalhistas quanto ao tema da responsabilidade da Administração Pública. Após o julgamento da ADC-16, de fato, não se nega a atribuição de responsabilidade à Administração, assim como não se nega a necessidade de culpa para atribuição da mesma. Contudo, o que se verifica é a total abstração sobre a tão falada **fiscalização**.

Ao se aceitar que o inadimplemento das obrigações pelo contratado importaria necessariamente a conclusão de que não houve fiscalização (o que ensejou o recurso em comento), seria o mesmo que admitir a responsabilidade automática da Administração Pública, ou seja, responsabilidade objetiva, o que contraria frontalmente o entendimento formado na ADC-16.

Pontua ainda o referido ministro que, no levantamento que fez nas decisões laborais acerca do tema, encontrou pouca incidência de condenação com efetiva análise sobre a fiscalização.

O maior número de decisões **pressupunha** a ausência de fiscalização **pelo simples inadimplemento** das verbas pelo contratado; em outras, mantinha a responsabilização, uma vez que, ainda que feita a fiscalização, não a teria feito de forma **eficaz e satisfatória**, ou, ainda, que a Administração não **reteve o pagamento** devido às empresas contratadas para assegurar o pagamento das verbas trabalhistas dos empregados terceirizados para o caso de inadimplência.

⁶⁵ Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Voto do ministro Luís Roberto Barroso. p. 209. Acesso em: 24 jan. 2021.

O ministro Marco Aurélio, em breve intervenção, faz importante apontamento⁶⁶ a respeito da postura fática da Justiça do Trabalho, quando aplica a responsabilidade da Administração Pública por culpa *in vigilando*, de forma indiscriminada, ou seja, nas palavras do próprio ministro, como “um faz-de-contas”.

Os ministros noticiam no julgamento do acórdão, o crescente número de reclamações trazidas ao Supremo acerca do descumprimento da ADC-16. Referidas reclamações apontavam ausência da necessária análise quanto ao tratamento dado aos **contornos da fiscalização**. Em suma as decisões trabalhistas julgavam com base na culpa *in vigilando* por ausência de fiscalização, sem, contudo, analisar sua efetiva ocorrência ou delimitar seus contornos, ficando a conclusão pela fiscalização ou não, sem qualquer parâmetro de análise.

A Corte Suprema, ao se deparar com as reclamações⁶⁷, verificava apenas que em suas ementas foi respeitado o entendimento da ADC-16, sem uma análise aprofundada, e assim se formava um ciclo vicioso de faz-de-contas, que, na prática, impunha a responsabilidade automática à Administração Pública, a qual, por sua vez, continuava gerando outras tantas reclamações.

O ministro Gilmar Mendes também pondera, em intervenção incidental, quanto à reticente postura prática da Justiça do Trabalho, que, ao fim e ao cabo, impõe a responsabilidade objetiva à Administração Pública, em que pese em seus julgados façam uso da expressão “culpa”, nas palavras do ministro, resume-se em um processo de “enxugamento de gelo⁶⁸”, pois menciona a necessidade de culpa, mas pressupõe sua existência pelo simples inadimplemento do empregador.

Resta, portanto, claro nas intervenções dos ministros a grande preocupação quanto à observância das decisões da Corte Suprema pela Justiça Laboral, assim como com a utilização de ferramentas processuais que inviabilizam a reapreciação da matéria pelas instâncias superiores.

Ao analisar a extensão e os limites da fiscalização, seguindo na linha trazida pelo ministro Edson Fachin, o ministro Barroso tece importante reflexão sobre a

⁶⁶ Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Manifestação do ministro Marco Aurélio. p. 211. Acesso em: 24 jan. 2021.

⁶⁷ Mais de quinhentas reclamações no ano de 2016, aponta o ministro Roberto Barroso. Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. p. 229. Acesso em: 24 jan. 2021.

⁶⁸ Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. p. 218. Acesso em: 24 jan. 2021.

ineficiência e a inviabilidade da utilização como parâmetros de fiscalização de alguns instrumentos normativos que impõem uma **fiscalização integral** pelo poder público, a exemplo das instruções do Ministério do Planejamento (IN nº 20/2008 e alterações).

Pela análise do ministro, não se mostra crível a necessidade de se realizar uma fiscalização integral para elidir a culpa *in vigilando*, sendo razoável que se faça por amostragem, sendo esta, inclusive, validada por órgãos de controle externo.

Referida fiscalização por amostragem é adotada, por exemplo, pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ). No primeiro caso, aponta eficiência de 95% de acerto, noticia o ministro Barroso⁶⁹.

Cabe destacar que embora os processos sejam julgados pela Justiça do Trabalho, com os princípios e procedimentos ali existentes, não podemos nos esquecer que do outro lado da demanda figura a Administração Pública, também com princípios próprios, os quais, ao fim e ao cabo, visam ao resguardo do interesse público.

Esse equilíbrio de pesos e interesses a serem protegidos, aumentam o calor desse caldeirão.

Outro ponto destacado pelo ministro Barroso é quanto à atitude a ser tomada pela Administração diante de alguma irregularidade. A razoabilidade permeia toda a construção de seu raciocínio nesse aspecto, desde a mais gravosa medida de rescisão contratual até a proporcional avaliação do valor inadimplido pelo contratado para efetiva retenção e consignado em juízo, nesse caso, resguardando o direito do trabalhador e assegurando o interesse público com a continuidade do serviço contratado.

São reflexões necessárias para operacionalizar o conteúdo decisório. Não há que se enaltecer um brilhante acórdão se este não encontra plausibilidade fática. A jurisprudência deve ecoar nas relações práticas, assim como os atritos da relação fática entre indivíduos provocam as alterações legislativas e a formação de jurisprudência.

⁶⁹ Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Manifestação do ministro Luis Roberto Barroso. p. 214. Acesso em: 24 jan. 2021.

Segundo a análise dos votos, o ministro Luiz Fux⁷⁰, por sua vez, questiona o paradoxo de se discutir a aplicação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública quando há pouco se declarou taxativamente a constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93. Seria como reconhecer a separação dos poderes na ADC e construir elementos para contornar o dispositivo no Recurso Extraordinário.

Esse destaque feito pelo ministro Fux ressalta o cuidado em relação à análise do ativismo judicial.

Apointa o ministro que o legislador exerceu seu poder de reforma no dispositivo legal em comento com a alteração trazida pela Lei nº 9.032/95, que atribui responsabilidade solidária em relação aos encargos previdenciários, contudo, não altera a questão da responsabilidade subsidiária. Ou seja, fora uma opção legislativa. Dessa forma, acolhe o pedido da União no Recurso Extraordinário, com a ressalva de se garantir o direito do trabalhador, ainda que com a consignação do valor devido (retenção) ao contratado para pagamento direto ao trabalhador.

Fazendo um parêntese na análise do Recurso Extraordinário em si, e dando um salto no tempo, quase que em exercício de futurologia, o voto do ministro Fux pode ter ecoado na produção do mais novo diploma legislativo sobre o tema. A nova Lei de Licitações, reafirmando a opção legislativa quanto à exclusão de responsabilidade da Administração Pública em caso de inadimplência do contratado, ressalva expressamente uma⁷¹ possibilidade de responsabilização subsidiária, qual seja, para casos de contratação de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

O ministro Marco Aurélio, também oriundo da Justiça do Trabalho, relata em seu julgamento⁷² inquietante preocupação em relação à postura adotada pela Justiça Laboral e com certa perplexidade à postura passiva, calada e de certa forma conivente da Corte Suprema.

A Justiça do Trabalho nos colocou – posso afirmar com desassombro isso – em verdadeira camisa de força. Decidida a ausência de vigilância, tem-se

⁷⁰ Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Manifestação do ministro Luiz Fux. p. 224. Acesso em: 24 jan. 2021.

⁷¹ Lei nº 14.133/21. Art. 121, § 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

⁷² Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. p. 232. Acesso em: 24 jan. 2021.

matéria fática, não se chegando ao Supremo mediante o recurso de natureza extraordinária. Tendo em conta o desrespeito ao pronunciamento do Tribunal, quase a uma única voz, porque ficou vencido, apenas em parte, o ministro Carlos Ayres Britto, formalizado na declaratória nº 16, não conheço uma única reclamação do Poder Público em que o pedido formalizado foi julgado procedente. Talvez não esteja acompanhando muito bem a jurisprudência deste Tribunal!

[...]

Reafirmo que o Supremo ficou em situação muito delicada, passando a Justiça do Trabalho a ser um verdadeiro "Supremo", no que nos manietaram, assentando invariavelmente a falta de fiscalização do Poder Público, como se devesse, olvidando os parâmetros do contrato de terceirização, constituir equipe e colocar dentro da empresa contratada.

De peito aberto, o ministro Marco Aurélio deixa claro que a Justiça do Trabalho, no campo concreto, dribla, contorna o entendimento pacificado na ADC-16 e com a mera citação de enunciados blinda suas decisões da análise ou revisão pela Suprema Corte.

As expressões “camisa de força” e “passando a Justiça do Trabalho a ser um verdadeiro ‘Supremo’”, citadas pelo ministro em sua manifestação, evidenciam um grave episódio de falha jurisdicional.

Os pontos levantados pelo ministro Marco Aurélio apontam para um posicionamento antidemocrático do TST há muito sentido nas primeiras e nas segundas instâncias trabalhistas. No entanto, por causa da barreira criada pela lógica das súmulas impeditivas de recursos, e de certa forma pela passividade da Suprema Corte, tal posicionamento se perpetrava.

O princípio da legalidade e a não observância pelo julgador desse caro princípio ao Estado democrático de Direito coloca em questão o próprio julgamento da ADC-16. Contudo, ao colocar o julgamento em cheque, o faz também com a segurança jurídica e com a credibilidade da Corte Suprema.

De outro lado, a defesa do ordenamento jurídico como um todo, e nele se encontram os princípios da liberdade econômica, livre iniciativa, princípio protetor e valorização social do trabalho não podem sucumbir à interpretação literal de um dispositivo legal ainda que democraticamente editado. Razoabilidade e equilíbrio se fazem necessários a manutenção da segurança jurídica.

Imperiosa a constante validação do sistema de freios e contrapesos decorrentes da separação dos poderes inerente ao Estado de Direito.

Ao se caminhar para o que parecia ser o fim do julgamento, eis que o ministro Dias Toffoli levanta uma das questões mais inquietantes a este estudo: as verbas que culminaram na condenação subsidiária da Administração eram passíveis de

fiscalização? Eventual fiscalização, ainda que integral do contrato, impediria o inadimplemento de **x** ou **y** rubrica?

Nesse sentido, superada a questão quanto a possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração, o cerne da questão passa a ser os contornos e os limites da fiscalização, assim como os contornos e os limites da responsabilidade subsidiária.

Nesse aspecto, o ministro Marco Aurélio, procurador de carreira, vindo do TST, apimenta a reflexão ao expor que “em relação a algumas parcelas, não se pode cogitar de vigilância”⁷³.

A questão levantada, embora extremamente importante ao resultado prático da atribuição da responsabilidade da Administração, fora apenas devidamente registrada, sem maiores aprofundamentos, quanto a análise deste processo em si, e o julgamento do Recurso Extraordinário seguiu seu curso.

No entanto, é imperativo que se faça maior reflexão a respeito desse ponto a fim de estabelecer limites à responsabilização, o que será feito mais adiante, em capítulo próprio da responsabilidade.

Prosseguindo, em extenso voto⁷⁴, a ministra Cármen Lúcia, então presidente da Corte, fazendo remissão à sua manifestação no julgamento da reclamação nº 15342, ressaltou a necessidade de se analisar a existência ou não do **nexo de causalidade** entre a ausência de fiscalização pela Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a qual merece transcrição:

13. A alegada ausência de comprovação, em juízo, pela União da efetiva fiscalização do contrato administrativo não substitui a necessidade de “prova taxativa no nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalho” foi o que afirmei no julgamento da Reclamação 15342:

“para se afirmar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por aqueles encargos, é imprescindível a prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância. Sem a produção dessa prova subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem os seus quadros”.

Enfatizei que, “no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública desacompanhada da demonstração efetiva e suficiente da irregularidade de seu comportamento, comissivo ou omissivo, quanto à fiscalização do contrato de prestação de serviços, é ‘rigorosamente, fragorosamente e

⁷³ Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. p. 241. Acesso em: 24 jan. 2021.

⁷⁴ Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. p. 314. Acesso em: 24 jan. 2021.

exemplarmente contrário à Constituição, porque o artigo 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual” (DJ 9.9.2011)

A então presidente da Corte conclui a evidência de que o julgamento do TST não respeitou a ADC-16, reconhecendo a procedência do recurso na parte em que fora conhecido.

O embate envolvendo tal julgamento foi tão intenso que chegou-se ao placar de 5 x 5, sendo o julgamento suspenso até a chegada do então mais novo integrante da Corte, o ministro Alexandre de Moraes, que aderiu à tese divergente e posicionou-se pelo provimento ao Recurso Extraordinário da União, destacando a importância da utilização da responsabilidade objetiva como exceção em nosso ordenamento jurídico e admitindo sua utilização, se e quando, estabelecida pelo democrático exercício do poder legiferante, e não pelo exercício da jurisdição⁷⁵, não sendo o caso da responsabilidade pelo encargos trabalhistas inadimplidos.

Encaminhando o julgamento para o final, o ministro Toffoli cita o exemplo do caso concreto sob análise, em que a União junta diversos documentos na fase instrutória para demonstrar a exigida fiscalização do contrato⁷⁶, no entanto, deixa claro que a Justiça do Trabalho condenou a União com afirmação genérica de culpa *in contraindo*, *in eligendo* e *in vigilando*, ignorando por completo os documentos constantes nos autos e o entendimento da ADC-16.

O acórdão representativo de repercussão geral deixa claro que as decisões laborais condenam genericamente alegando culpa, inclusive citando a culpa *in eligendo*, sem qualquer referência quanto à ocorrência de licitação fraudulenta ou qualquer justificativa pertinente à fundamentação utilizada para a condenação.

Após um imenso debate quanto aos exatos termos a serem utilizados na redação do enunciado da tese, o Recurso Extraordinário nº 760.931 recebido como representativo de controvérsia com repercussão geral, em apertada decisão fixou-se tese para aplicação em casos semelhantes, nos seguintes termos:

Tema 246 – Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço.
“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a

⁷⁵ Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. p. 317/326. Acesso em: 24 jan. 2021.

⁷⁶ Julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. p. 327. Acesso em: 24 jan. 2021.

responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93'."

Como se verifica do enunciado acima, a discussão acerca do ônus de prova, dos parâmetros de fiscalização, dos limites da responsabilidade do e nexos de causalidade não foram incorporadas expressamente na tese publicada, integrando apenas o *obiter dictum*.

Ou seja, a tese em si não avançou o quanto poderia e a discussão continua, pois a ementa omitiu sobre o ônus de provar a fiscalização, quedou-se inerte quanto aos limites e a extensão da fiscalização ou fiscalização por amostragem, silenciou sobre o necessário nexos de causalidade entre a conduta omissiva e o dano e nada falou sobre os limites da responsabilização atrelados à possível fiscalização.

A análise profunda desse julgado pode estimular o Poder Legislativo para que com o exercício regular do poder legiferante se possa estabelecer contornos legais necessários para atribuição de responsabilidade da Administração Pública no caso concreto, sem se afastar do necessário caminho no sentido da segurança jurídica.

O estudo aprofundado desse caso se mostra relevante para a comunidade jurídica, especialmente administrativista e laboral, tanto para maior compreensão dos institutos jurídicos aplicáveis e seus reflexos práticos quanto para o necessário equilíbrio das imposições e das proteções envolvidas.

Importante, destacar as implicações práticas decorrentes da atribuição de responsabilidade subjetiva, da extensão da culpa, do nexos de causalidade e até mesmo dos parâmetros da fiscalização, que deverão ser observadas pelos contratantes e contratados.

Dessa forma, seria louvável que o Supremo evidenciasse a necessidade de se estabelecer contornos acerca dos tantos reflexos decorrentes da atribuição de responsabilidade subjetiva por ausência de fiscalização.

A ementa do acórdão ressalta que as reflexões sobre o tema terceirização estão plenamente acolhidas e referendadas pelo Supremo, e a responsabilidade dela decorrente não deve se ater apenas à esfera trabalhista, mas, sim, receber uma visão holística, para além da esfera jurídica, inclusive, enaltecendo seu evidente impacto no desenvolvimento econômico e social de um país.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93.

TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.

1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007).

2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.

3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “The Nature of The Firm”, *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício.

4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”.

5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xvi) melhor

adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.

6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.

8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter *erga omnes* e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010.

9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

Em que pese a ementa do acórdão tenha se omitido quanto aos contornos da dita responsabilidade da Administração Pública (culminando, inclusive, em embargos de declaração não providos⁷⁷), o inteiro teor do acórdão mostra o tamanho do caminho que se tem pela frente a fim de alcançar o equilíbrio e a segurança jurídica necessários no tema, especialmente quanto aos requisitos (práticos) para se imputar a responsabilidade subjetiva por ausência de fiscalização à Administração Pública.

A ementa do julgamento dos Embargos Declaratórios contou com a seguinte redação⁷⁸:

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 246 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPRESAS TERCEIRIZADAS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Não há contradição a ser sanada, pois a tese aprovada, no contexto da sistemática da repercussão geral, reflete a posição da maioria da Corte quanto ao tema em questão, contemplando exatamente os debates que conduziram ao acórdão embargado. 2. Não se caracteriza obscuridade, pois, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, a responsabilização subsidiária do

⁷⁷ Embora não providos a Corte destacou expressamente que só haverá responsabilidade em caso de comprovação de culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

⁷⁸ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754702122>
Acesso em 10 out.2021

poder público não é automática, dependendo de comprovação de culpa *in eligendo* ou *culpa in vigilando*, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade. 3. Embargos de declaração rejeitados”. (RE 760.931-ED, Redator para o acórdão Min. Edson Fachin, Plenário, DJe de 6/9/2019).

O conteúdo integral do julgamento nos mostra, ainda, a intensa preocupação do Supremo em não se tornar um Tribunal de Revisão (especialmente com o aumento da utilização de reclamações, conforme noticiado por diversos ministros por todo o julgamento do Recurso Extraordinário), de processos trabalhistas envolvendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

E a preocupação se mostra plausível, vez que a Corte continua recebendo reclamações constitucionais⁷⁹ para cassar decisões do Tribunal Superior do Trabalho que não seguiram o entendimento pacificado na Suprema Corte sobre a matéria de responsabilidade subsidiária da Administração Pública em obrigações trabalhistas.

Pacificado o entendimento de que a administração pode ser responsabilizada subsidiariamente pelos encargos trabalhistas do empregado terceirizado em caso de inadimplemento pelo empregador, ainda pende a discussão acerca dos contornos dessa responsabilidade.

2.4 Reflexos dos Posicionamentos dos Tribunais Superiores nos Julgados do TRT da 2.^a Região

⁷⁹ Rcl 45750-SP, Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757367347>. Acesso em: 10 out.

2021. Rcl 41664-BA. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756029544>. Acesso em: 10 out.

2021 Rcl 40059-PR. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755706080>. Acesso em: 10 out.

2021 Rcl 43280-ES. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754827183>. Acesso em: 10 out.

2021 Rcl 37654-SP, Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755706073>. Acesso em: 10 out.

2021 Rcl 41635-RJ, Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756029465>. Acesso em: 10 out. 2021

Após a intensa atuação da Suprema Corte e reações do Tribunal Superior do Trabalho, a jurisprudência laboral vem tentando se amoldar aos novos parâmetros estabelecidos pelas instâncias superiores.

Para traçarmos um panorama das jurisprudências trabalhistas antes e depois do julgamento do Recurso Extraordinário 760.931, utilizaremos os julgados do Tribunal Laboral da capital paulista.

A escolha do Tribunal Regional da 2ª Região cuja competência territorial abarca a capital, região metropolitana e litoral sul do estado de São Paulo, se deu em razão do expressivo volume processual, sendo este o maior Tribunal Trabalhista do país⁸⁰, em termos de estrutura e volume processual e para a compreensão da fotografia proposta foram adotados critérios objetivos de busca da jurisprudência.

A busca foi realizada no canal de jurisprudência do *site* oficial do TRT 2ª Região utilizando-se a expressão “Súmula nº 331”, sendo selecionados apenas o inteiro teor de acórdão de recurso ordinário cujo tomador demandado para responsabilização subsidiária se tratasse de ente da Administração Pública Direta.

Como recorte, foram usados apenas os três primeiros processos relacionados pelo próprio *site* do Tribunal, de cada ano selecionado, condicionado a diferentes desembargadores relatores dentro do mesmo ano.

Os anos selecionados foram 2016, antes do julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931. O ano de 2019 representando a jurisprudência após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931, e 2021 representando o cenário atual no respectivo Tribunal.

A fotografia é feita com a análise do inteiro teor dos acórdãos selecionados, no entanto, para fins de esclarecimentos mais detalhados quanto ao tratamento do elemento culpa para atribuição ou não de responsabilidade, fez-se, ainda, análise, quando necessário, das sentenças e das atas de audiências dos processos selecionados.

Passemos à análise dos processos.

⁸⁰ Disponível em: <https://ww2.trt2.jus.br/institucional/o-trt-2/quem-somos/>. Acesso em: 28 maio 2021.

2.4.1 Processos selecionados no ano de 2016⁸¹

Os processos analisados sob este recorte representam o posicionamento da jurisprudência trabalhista da segunda região antes da tese firmada pelo julgamento do Recurso Extraordinário 760.931, que fixou o entendimento de que “o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”

O primeiro processo analisado (proc. 1001826-62.2015.5.02.0608) do ano de 2016 culminou com a confissão ficta da segunda reclamada (ente público tomador dos serviços, uma vez que não se fez presente em audiência preposto e advogado do ente. Ouvidos o depoimento do reclamante e o preposto da primeira reclamada, sendo que este confirmou a ausência de pagamento de algumas rubricas pleiteadas na demanda.

Julgada parcialmente procedente a demanda com responsabilização subsidiária do ente público, este recorreu ao Tribunal, que manteve, na íntegra, a sentença proferida. Referido julgado, **faz análise efetiva do exercício da fiscalização, entende que esta decorre de comando legal e que engloba todas as obrigações contratuais**, inclusive as trabalhistas (entre empregado e empregador) e atribui que o ônus probatório pertence ao ente público. Destacam-se os seguintes trechos (grifos nossos).

Conclui-se, então, que cabe ao Poder concedente, por meio de seu representante, exigir a comprovação do pagamento dos salários e das demais obrigações trabalhistas, inclusive, verbas rescisórias, do recolhimento dos encargos sociais e previdenciários, bem como verificar a regularidade da situação dos empregados e do contrato, o que não foi demonstrado pela recorrente.

Ressalto que este, diverso do alegado pela recorrente, encargo probatório não pertence ao trabalhador, mas à referida ré, ora recorrente, já que se trata de prova de fato impeditivo da responsabilização subsidiária do tomador de serviços (artigos 818 da CLT e 373, inciso II, do NCPC). Ônus probatório do qual não se desvencilhou a contento.

A 2ª ré, ora recorrente, apenas juntou os contratos e termos aditivos celebrados entre ela e a 1ª ré (fl. de num. 512756e - Pág. 01/13) e poucos holerites dos empregados, sendo que dentre estes estão alguns da autora (fls. de num. a4e5a45 – Págs. 03/10).

Quanto aos extratos de FGTS juntados, são genéricos sem especificar qualquer empregado, bem como há vários em que os respectivos

⁸¹ Processo nº 1001826-62.2015.5.02.0608; Processo nº 1000143-69.2015.5.02.0711; Processo nº 1001294-25.2014.5.02.0511

comprovantes se encontram ilegíveis, como por exemplo, os documentos de fls. num. 911f16e – Págs. 3; 12; 14, etc.

Por fim saliento que a condenação subsidiária da 2ª ré, ao contrário do que alega em suas razões, alcança todas as verbas devidas, durante o tempo em que figurou como tomadora dos serviços da autora, inclusive multas dos artigos 467 e 477, §8º, da CLT.

Os trechos sublinhados indicam que o entendimento é no sentido de que a fiscalização deve alcançar **toda a situação dos empregados** (conforme orientação da súmula) não há investigação quanto a ocorrência ou não de nexo de causalidade para condenação, o que conforme se verá das análises seguintes é uma constante em termos de responsabilidade subsidiária em âmbito laboral.

Interessante destacar que o julgado indica que o ônus de prova decorre da interpretação pura do direito processual, o que merece destaque, devendo o ente público provar fato impeditivo alegado, o que não teria ocorrido no caso posto.

Esse julgado reflete na prática a preocupação do ministro Toffoli e do ministro Barroso quanto ao limite da fiscalização e à possibilidade de fiscalização por amostragem, para que o cumprimento da obrigação de fiscalização mostre-se possível, viável e eficaz.

Assim, mesmo antes do julgamento do Rext 760.931 perquiria-se acerca da ação fiscalizatória da Administração, o que neste caso afasta a tese da responsabilidade objetiva ventilada pela ADC-16, entendimento este ratificado pelo tema 246.

No entanto, conforme acima destacado, não há maior aprofundamento acerca dos contornos da responsabilidade.

O segundo processo a ser analisado (proc. n.º 1000143-69.2015.5.02.0711) mais uma vez denuncia a ausência da Fazenda Pública em audiência de instrução, aplicando-se revelia e confissão quanto à matéria fática e à apresentação de defesa **sem documentos**. Em sentença, há reconhecimento de responsabilidade subsidiária, citando o posicionamento da Suprema Corte.

Destaca-se que o Presidente do Supremo à época, Exmo. Ministro Cezar Peluso, ressaltou que o resultado do julgamento não impediria o TST de reconhecer a responsabilidade com base nos fatos de cada caso.

Houve consenso entre os ministros no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá que investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Portanto, a princípio, não tem o ente público responsabilidade em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada, exceto se evidenciada a conduta culposa no cumprimento das

obrigações, principalmente no que tange à "culpa in vigilando", incumbindo à parte autora a prova da culpa da tomadora.

No caso em análise, a autora demonstrou incorrecções nos pagamentos das verbas trabalhistas, o que sugere que a segunda reclamada agiu com "culpa in vigilando", deixando de verificar, no curso do contrato, se as empresas fornecedoras de mão de obra cumpriam suas obrigações. Logo, a segunda ré responde subsidiariamente pelas verbas deferidas. (grifos nossos)

O trecho acima citado deixa evidente o pleno conhecimento e entendimento pela Justiça dos requisitos necessários para a responsabilização da Administração Pública, mas vincula a existência de culpa pelo mero inadimplemento, culminando na prática, em responsabilidade objetiva, o que foi afastado pela Suprema Corte.

Interessante notar que, embora o judiciário tivesse elementos suficientes para analisar a hipótese de responsabilidade subjetiva com base no caso concreto e as regras processuais de ônus probatório, ao fim e ao cabo, a decisão impõe responsabilidade automática, pois pressupõe que havendo "incorrecções no pagamento de verbas trabalhistas" (genericamente) há culpa *in vigilando*.

Tais posturas judiciais levadas ao conhecimento do Supremo por inúmeros recursos e reclamações é que deram ensejo ao Recurso Extraordinário nº 760.931.

Voltando ao caso específico, a Fazenda Pública recorre, e o acórdão, ao tratar a responsabilidade subsidiária, intitula o tópico como "da responsabilidade subsidiária e limitações", o que leva a crer que fará uma análise do alcance da responsabilização subsidiária, no entanto frustrada a expectativa, uma vez que, ao fim, citando entendimento sumulado do TST (Súmula nº 331,VI), entende por total e irrestrita a responsabilização.

O julgado pressupõe, em coerência com o entendimento das Cortes Supremas, que uma vez assumindo a qualidade de tomadora dos serviços, deve a Fazenda fiscalizar. Contudo, qualifica a fiscalização como de "total cuidado", o que demonstra um subjetivismo incoerente com toda e qualquer normativa aplicável à Fazenda Pública.

Continua afirmando ser necessária a fiscalização da idoneidade jurídica e financeira das empresas contratadas, o que, conforme já tratamos nos primeiros capítulos deste trabalho, ocorre ainda na fase de licitação, antes mesmo da contratação do licitante, o que afasta, via de regra, sua correlação com a culpa *in vigilando*, mas, sim, a relaciona, eventualmente com a culpa *in eligendo*.

Ademais, tal “fiscalização cuidadosa” deve respeitar os princípios da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório, conforme também já destacamos nos primeiros capítulos deste trabalho.

Nesse sentido, mostra-se, necessário um entendimento multidisciplinar para a análise do caso em questão. Ao defender que a fiscalização “cuidadosa” se daria pela verificação de idoneidade jurídica e financeira, e sendo esta realizada (o que se pressupõe, tendo em vista que se houve contratação é porque o contratado cumpriu e mantém as exigências editalícias), não haveria que se falar em responsabilidade subsidiária, o que não se mostra coerente com o entendimento posto sobre o caso. Ao se embasar a incidência da responsabilidade subsidiária em uma falsa premissa, facilmente desmascarada, o julgado acaba por desproteger o hipossuficiente, que necessita de segurança jurídica para obter a proteção desejada.

Em relação ao procedimento licitatório, a presunção é de sua regularidade, devendo a irregularidade ser alegada e provada.

Em relação a idoneidade jurídica e financeira, devem ser comprovadas tanto na quando da participação no certame licitatório e assinatura do contrato, quanto durante toda a execução contratual (Lei 8.666/93 art. 55, XIII e Lei 14.133/21, art. 91, XVI), sob pena de comprometer inclusive o pagamento do próprio contrato.

Ocorre que tais comprovações dizem respeito à pessoa do contratado e não dos trabalhadores. Não restou evidenciado nos julgados, tanto de primeira quanto de segunda instâncias, qualquer elemento que relacionasse as “incorreções de verbas trabalhistas” à eventual inidoneidade jurídica e financeira da contratada.

Nenhuma dessas argumentações tem pertinência para a tese que se defende. Refletem apenas transcrições genéricas, padrões, cabíveis em qualquer julgado, quando, na realidade, bastaria analisar elementos fáticos do caso concreto, alegações das partes e ônus de prova.

Verifica-se que inexistem, nos autos, qualquer documento que demonstre ter o Estado de São Paulo acompanhado o integral cumprimento das obrigações trabalhistas pela primeira reclamada. Pontue-se que a recorrente não colacionou aos autos um único documento, sequer do contrato entabulado com a primeira ré. (grifos nossos)

No caso em análise, a Fazenda não se fez presente em audiência de instrução **e não juntou aos autos nenhum documento com sua peça defensiva**, nem tampouco o edital de licitação e o termo de contrato, o que poderia ser utilizado como fundamento para a responsabilização subsidiária.

O trecho acima colacionado é o único elemento **fático** levado ao julgado, que bastaria à aplicação da responsabilidade subsidiária do ente público, uma vez adotado o entendimento de que a ela caberia o ônus de prova. Todas as demais citações genéricas do acórdão são desnecessárias ao caso em análise.

O terceiro processo deste recorte (proc. nº 1001294-25.2014.5.02.0511) a decisão de primeira instância exclui a responsabilização do ente público, como se verifica na seguinte transcrição:

Não há nada nos autos que aponte para conduta culposa da segunda reclamada, tanto que a demanda foi movida sem qualquer apontamento de fato que pudesse se relacionar a culpa da tomadora de serviços. Frise-se que por se tratar de ente público, como destacado na súmula transcrita, a responsabilidade subsidiária não decorre de mero inadimplemento da empregadora. (grifos nossos)

Este trecho reflete exatamente a conclusão que tivemos do caso anterior. A aplicação das regras processuais para julgamento da demanda. Ao que parece, a exordial não trouxe aos autos uma causa de pedir capaz de imputar uma condenação por responsabilidade subjetiva.

No entanto, em sede de recurso ordinário, o Tribunal acolhe o apelo do reclamante, imputando responsabilidade subsidiária ao ente público, com destaques para os seguintes trechos:

Entretanto, na contramão dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho e no fato sabido de que a terceirização atua como elemento precarizador nas relações de trabalho, o art. 71, par. 1º da Lei 8.666/93, expressamente exige o ente público de qualquer responsabilidade sobre as dívidas trabalhistas, fiscais e comerciais da empresa prestadora de serviços contratada.

A responsabilidade da administração, segundo a diretriz vinculante do STF, nesse contexto, não ocorre de forma automática. Entretanto isso não impede que se reconheça a responsabilidade do ente público quando ele é obrigado por lei a agir e não o faz, ou seja, quando descumpre os arts. 58, III e 67 da Lei 8.666/93 que lhe impõe o dever de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas por aquele que contratou através de regular procedimento de licitação.

Não é demais destacar que não se está aqui a dizer que o art. 71 é inconstitucional. Essa discussão, repita-se, está superada desde o julgamento da ADC 16. O que aqui se faz é interpretar o dispositivo conforme a orientação dada pela STF sem olvidar os demais princípios constitucionais fundamentais que proíbem a exploração do trabalho humano seja por quem for. Aliás, nesse mesmo sentido se posicionou o TST quando da edição da nova redação do item V da Súmula 331, com fundamento na teoria da responsabilidade civil (arts. 186 e 927 do CC).

Por outro lado, o encargo imposto pela Lei 8.666/93 e o princípio de aptidão da produção da prova impõem à administração pública, sempre que acionada a responder pelos contratos de terceirização que realiza, o dever de provar a efetiva fiscalização da empresa contratada mormente no tocante ao cumprimento das leis de proteção ao trabalho, máxime considerando que o prejuízo que a empregadora causa atinge o interesse público como um todo

porque daí se deixa de cumprir preceitos trabalhistas básicos, especialmente os inerentes ao meio ambiente do trabalho.

Não se desvencilhou de comprovar a efetiva fiscalização, que deve ser diária e efetiva para o regular cumprimento do contrato, o que indica o descaso do Município no cumprimento das leis que regem a atuação administrativa e por tabela também das normas de proteção ao trabalho.

Por fim, cumpre registrar que a responsabilidade subsidiária abrange todas as parcelas pecuniárias devidas ao empregado, incluindo multas e indenizações, porque o tomador de serviços passa a figurar como garantidor do empregador. (grifos nossos)

O posicionamento de segunda instância traz como pilar de sua condenação a **proteção do trabalhador**, entendendo a terceirização como **precarização da mão de obra**. Com isso coloca o ente público como um garante do trabalhador, impondo-lhe uma responsabilidade subsidiária pela integralidade das condenações subsidiárias um poder de fiscalização efetivo, diário e integral, contudo impraticável.

Este caso traz a discussão uma interessante questão acerca do ônus probatório. Note-se que a sentença de primeira instância não menciona a sucumbência na prova, mas sim que não houve qualquer apontamento relacionado a eventual culpa da tomadora de serviços, assim, não há que se fala em aptidão para a prova, mas sim, análise da causa de pedir da demanda.

Posicionamento contrário, defende a flexibilidade quanto a extensão da causa de pedir. Na *Obra 70 anos da Justiça do Trabalho*⁸² restou destacado que a formulação do pleito inicial de responsabilização do ente público, baseado de forma explícita ou expressa no entendimento jurisprudencial representado pelo item V da súmula 331 do TST, trazia consigo todos os pressupostos contidos no entendimento.

Nesse sentido, a conduta culposa da Administração estaria inerente à própria pretensão posta em juízo.

A decisão de segunda instância parece ultrapassar os liames processuais construídos dentro do devido processo legal, especialmente quanto à fixação dos pontos controvertidos e ao fim e ao cabo aplica a responsabilidade objetiva à Administração, sem qualquer análise frente ao elemento culpa.

82 PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n.16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n.331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 2, p. 271-307, abr./jun. 2011. p. 300.

2.4.2 Processos selecionados no ano de 2019⁸³

Seguindo para a análise do segundo recorte, já em um cenário posterior ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 670.931 pelo Supremo Tribunal Federal, cujos extensos votos dos ministros daquela Corte puderam alavancar diversas reflexões, continuamos a nos deparar com a mesma postura dos agentes sociais, ao menos em relação à instrução processual.

O primeiro processo (Processo nº 1000193-56.2019.5.02.0614) repete a cena da ausência do ente público em audiência (preposto e procurador), e, nesse caso, também ausente a primeira reclamada revel.

Ante à revelia da primeira reclamada, restou acolhida pela primeira instância grande parte das alegações fáticas, inclusive a reversão da justa causa aplicada, apontada como ilegal, com atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público.

A 2ª reclamada não trouxe aos autos qualquer elemento que comprovasse a efetiva fiscalização da prestação de serviços, não tendo juntado nenhum documento. sequer houve demonstração da existência de representante da Administração Pública no acompanhamento e fiscalização da prestação de serviços conforme prevê o art. 67 da Lei nº 8.666/1993.

Saliento que o reclamante comprovou a prestação de serviços em favor da 2ª reclamada através da oitiva de testemunha.

Diante do exposto, declaro a responsabilidade subsidiária da 2ª reclamada pelo adimplemento de todas as verbas decorrentes da condenação, referentes ao período da prestação laboral, consoante itens V e VI da Súmula 331 do TST. (grifos nossos)

Referida decisão destaca a **ausência de documentos junto à defesa** do ente público, imputando-lhe o dever de comprovar a efetiva fiscalização, bastando ao reclamante comprovar que, de fato, prestou serviços em prol da tomadora. Assim como as decisões anteriores, imputa à Administração a responsabilidade subsidiária pela integralidade das verbas decorrentes da condenação.

Curioso destacar que, entre as parcelas da condenação, estão as verbas rescisórias de uma justa causa revertida e possivelmente astreintes por falta de anotação na CTPS, embora ao ente público não fora permitido cumprir a obrigação principal (personalíssima, inclusive) para elidir a multa.

Sobreveio então a decisão de segunda instância, que, embasada na decisão da Corte Suprema, afasta a responsabilidade do ente público, destacando os seguintes trechos:

Isto posto, consigno que o Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária de 26.04.2017, por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 760.931,

⁸³ Processo nº 1000193-56.2019.5.02.0614; Processo nº 1000206-11.2018.5.02.0252; Processo nº 1001318-70.2018.5.02.0363

aprovou tese de repercussão geral (tema 246), no sentido de que "o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado **não transfere ao Poder Público automaticamente contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93**"(grifos não originais).

Portanto, a responsabilização subsidiária da segunda ré depende da comprovação de que a Administração Pública tinha conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, deixou de adotar medidas necessárias para combatê-las, incorrendo em culpa *in vigilando* e *in eligendo*. E, no que se refere à distribuição do ônus da prova, prevaleceu no julgamento do referido recurso extraordinário, com eficácia vinculante, que recaí sobre a reclamante o ônus da prova da culpa *in vigilando* e *in eligendo* do ente público.

No caso dos autos, não obstante o reclamante alegar que tenha a Administração Pública descumprido seu dever de fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas. Não há sequer indícios que apontem eventual culpa *in vigilando* ou *in eligendo*.

Da análise da exordial (ID ca39929, págs. 02/10), extrai-se que a pretensão inicial da autora é de responsabilizar automaticamente a Administração Pública pelo inadimplemento da primeira ré em relação às obrigações trabalhistas, hipótese esta que deve ser afastada por atenção à decisão vinculante do C. Supremo Tribunal Federal.

Assim, no presente caso, entendo ser indevida a condenação subsidiária da recorrente, porquanto não comprovada sua conduta culposa e omissiva. (grifos nossos)

O acórdão deixa claro seu entendimento pelo necessário afastamento da responsabilização automática, assim como entende ser o ônus de prova do reclamante de provar a conduta culposa e omissiva do ente público. Reconhece que a exordial pretende à responsabilização automática ao genericamente apontar a culpa pela escolha e pela falta de fiscalização em razão do inadimplemento.

Esse julgado nos traz valiosa contribuição quanto a atenção às alegações contidas na exordial, em termos de responsabilidade subsidiária, o que não se mostra comum nos demais julgados, especialmente no que tange à responsabilização dos entes da Administração Pública, o que representa certo desprezo pelo instituto processual do ônus probatório.

Chama a atenção também a indicação de que, para a responsabilização do ente público, este deveria ter **conhecimento** da situação de ilegalidade. Este ponto (da ciência da Administração) fora trazido, porém de forma singela e sem nenhum aprofundamento, no julgamento do STF sobre o recurso extraordinário em questão.

O grande entrave aqui entre a decisão de primeira instância e de segunda é o ônus probatório. A primeira instância entende ser do ente público, e por tal razão condena, ante a total inexistência de documento nos autos. Já em segunda instância, após o julgamento pela Suprema Corte, passou a entender que o ônus seria do reclamante, não tendo este se desvencilhado de seu ônus nos autos.

Essa divergência realça a necessidade de pacificação quanto ao tema do ônus probatório.

O segundo processo (proc. nº 1000206-11.2018.5.02.0252) deste recorte ratifica a necessidade de afastar a responsabilidade automática e destaca que o julgamento do Supremo no Recurso Extraordinário fora no sentido de elucidar a questão do ônus da prova, no qual restou, a seu juízo, ao reclamante.

Então, o que agora foi reafirmado pelo E. STF envolve a fixação do ônus da prova quanto a demonstração da conduta culposa do ente público, ou seja, se compete a este, como tomador dos serviços, provar que adotava conduta ativa e diligente quanto ao fiel cumprimento das obrigações trabalhistas por parte do contratado, ou se é o empregado que tem de demonstrar que ele (ente público) tinha conhecimento das irregularidades praticadas pelo contratado e ainda assim manteve-se omissivo. E me parece que a posição da Corte Suprema é clara no sentido de que é do empregado o ônus de demonstrar nos autos a negligência consciente e reiterada do ente público, seja porque fora previamente comunicado pelo empregado ou pela entidade sindical que o representa, seja por evidências que não deixam nenhuma dúvida de que houve grave omissão frente a irregularidades praticadas pelo contratado, por exemplo: sonegação do salário mensal, da gratificação natalina, de depósitos do FGTS, das contribuições devidas à Previdência Social etc.

Assim como no primeiro caso deste recorte o julgado demonstra entendimento, pela atribuição do *ônus probandi* ao reclamante para admissão de responsabilidade subsidiária à Administração.

O julgado destaca, o voto do ministro Barroso, que a responsabilização subsidiária da Administração depende da **ciência** desta da situação de ilegalidade, tal como orientado no julgamento do primeiro processo analisado no recorte de 2019.

Outrossim, em sede de medida cautelar na Reclamação nº 26.702 (julgada em 25/05/2017), o Ministro Luis Roberto Barroso enfatizou que “[...] a responsabilização do ente público depende da demonstração de que ele possuía conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, deixou de adotar as medidas necessárias para combatê-la. É dizer: somente está autorizada a mitigação da regra do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, caso demonstrado que a Administração teve ciência do reiterado descumprimento de deveres trabalhistas relativamente ao mesmo contrato de terceirização e que, a despeito disso, permaneceu inerte”.

No presente caso, conquanto haja condenação em diferenças de FGTS, extrai-se dos documentos colacionados à defesa do recorrente, que ele, de fato, fiscalizou a 1ª reclamada.

Assim, provada a fiscalização, entendo incabível a condenação de forma subsidiária do ente público.

Ademais, diante da tese prevalecente nos Tribunais Superiores (E. STF e C.TST), a responsabilização do ente público só se justificaria se fosse trazida para os autos prova concreta de que ele tinha conhecimento das reiteradas irregularidades praticadas pelo contratado e mesmo assim se omitiu na tomada de providências que pudessem saná-las, decorrendo daí a sua culpa in vigilando, hipótese na qual o caso em análise não se enquadra. (grifos nossos)

Da leitura desse julgado, denota-se claramente maior preocupação com a análise do caso concreto, assim como com regras processuais, afastando-se da ideia de trazer o tomador de serviços (entidade da Administração Pública) como um garantidor universal.

O terceiro processo (proc. n.º 1001318-70.2018.5.02.0363) sob análise parte de uma condenação em primeira instância notadamente embasada em princípios protetores. No entanto, muitas das vezes, a utilização de tais princípios se mostra totalmente desnecessária, o que desprestigia um fundamento válido pertinente.

Portanto, a segunda reclamada se beneficiou da força de trabalho da reclamante.

Assim, teria por obrigação verificar se a empresa prestadora de serviços cumpre suas obrigações trabalhistas, bem como diligenciar antes mesmo de contratar tal empresa prestadora, até porque há um trabalhador que coloca a força de trabalho em prol de todas as empresas, seja a prestadora, seja a tomadora. Frise-se que a fiscalização deve ser eficaz e preventiva, não o fazendo, age a administração com culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

Nesse ponto, se de um lado o artigo 71 da Lei 8.666/93 prevê a não responsabilização da Administração Pública pela inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, por outro lado não se pode esquecer que a própria Constituição Federal prevê no artigo 37, parágrafo 6º, da responsabilidade objetiva do ente estatal: *“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”*.

Assim, interpretando-se harmonicamente o dispositivo constitucional com o infraconstitucional, e considerando que este encontra naquele o fundamento de validade, conclui-se que a Administração Pública deve atentar principalmente para com a idoneidade da empresa a ser contratada/existência de reclamações trabalhistas em face desta, e mesmo após ter firmado o convênio deve fiscalizar a empresa no tocante ao pagamento dos empregados, recolhimentos de FGTS, INSS, etc, não pode a Administração Pública ser isentada de responsabilidade, nos termos do artigo 71, par. 1º, da Lei 8.666/93.

O ente estatal tem o dever de vigilância, de fiscalização em relação à empresa prestadora de serviços que coloca empregados que dão a força de trabalho em prol do ente público. É o que se chama *“dever geral de cautela”*.

Se de um lado o RE 760.931 vedou a responsabilização automática da administração pública (***“o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”***), é certo que, no mínimo, deveria ter a ré acostado aos autos os comprovantes que subsidiaram a aferição, no momento da contratação, da aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada. A ausência de qualquer documento relacionado à própria regularidade da licitação, em si, já demonstra a falta de cuidado com a contratação de empresa terceirizada. A reclamada somente carregou os contratos assinados com a 1ª litisconsorte, firmada após o pregão eletrônico.

E a prova de eventual diligência da empresa a respeito da execução do contrato cabe à tomadora, e não ao trabalhador, pela aplicação do Princípio da Aptidão da Prova. Quem recebe os documentos referentes à prestação de contas é a Administração Pública e, não o trabalhador. Este não tem acesso a esses documentos. Daí se verifica que houve, sim, culpa da tomadora, que

não fiscalizou o cumprimento das obrigações trabalhistas pela primeira reclamada, nos termos do art. 58, III, art. 66 e art. 67, todos da Lei nº 8.666/93. Por isso, não há o que se falar em ofensa ao Princípio da legalidade consagrado no artigo 5º, II. Ao contrário, ao condenar a segunda reclamada, está o Judiciário apenas aplicando a lei ao caso concreto, inclusive considerando que o próprio art 8º, da CLT autoriza a decisão pela jurisprudência, aplicando-se os Princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, e ainda o Direito Comum. (grifos nossos)

Consideramos relevante a transcrição de trechos desde julgado, visto que mais uma vez evidencia a tese de que por vezes falta ao julgador laboral proximidade com o tema da contratação pelo poder público. Tal julgado utiliza-se de raciocínio argumentativo fundado em obrigações inexistentes e até mesmo proibidas ao ente público para lhe reconhecer a responsabilidade subsidiária.

Um dos pontos de destaque a se fazer é a exigência de que o Administrador Público deve se atentar ao **número de reclamações trabalhistas existentes em face da primeira reclamada, antes de contratá-la no processo de licitação**.

Ocorre que tal exigência, além de não encontrar nenhum respaldo legal, é vedada por nosso ordenamento jurídico, sendo caracterizada como discriminatória, limitativa e subjetiva. Diferentemente do que ocorre, por exemplo, com **condenações trabalhistas inadimplidas**, cuja exigência não apenas possui previsão legal, como também é exigida em todos os certames licitatórios e, ainda, via de regra, como condição de assinatura do contrato, sendo, inclusive, exigida como condição de manutenção do contrato, uma vez que o contratado deve manter a regularidade de sua habilitação durante a execução do contrato.

Também de forma inadequada, o julgador exige que a Administração comprove que o processo licitatório foi regular. No entanto, se há efetiva contratação e execução contratual, a regularidade do certame é presumida, sendo que os órgãos de controle (Tribunais de Contas) fazem a fiscalização dos processos licitatórios e dos contratos por amostragem.

Outra presunção inverídica é a de que o reclamante não teria acesso aos documentos que comprovam a regularidade do certame e do contrato. É certo que rege o processo licitatório o princípio da publicidade, sendo possível, a **qualquer interessado** acompanhar e ter acesso tanto aos atos quanto aos autos referentes ao

certame e também à execução contratual. Além, claro, da previsão legal de acesso à informação⁸⁴.

O que de fato poderia ter embasado a decisão judicial é a aptidão para a prova, que, no caso em comento, sem sombra de dúvidas, teria pertinência. No entanto, não o fez, preferiu se embasar em falsos argumentos e enlaçar com os princípios da proteção da força de trabalho, dignidade etc., o que, por vezes, desgasta o diálogo e esvazia os postulados constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

O caso sob análise apresenta uma sentença de vinte e sete páginas (incluindo o relatório), sendo que oito delas foram dedicadas à apreciação à responsabilidade subsidiária, sem, de fato, avançar na análise fática probatória da alegada culpa ou sua relação com as verbas concedidas.

O julgamento de segunda instância, por sua vez, que tinha por objeto apenas o recurso da Administração Pública condenada subsidiariamente, única recorrente, aproxima-se da necessária análise contextualizada com elementos fáticos para apreciar a responsabilidade da Administração Pública.

Embora o acórdão tenha mantido a responsabilidade subsidiária por toda a dívida objeto da condenação, utilizou em seus argumentos informações fáticas que corroboram a ausência de fiscalização da Administração, por exemplo, **ausência de recolhimentos previdenciários e fundiários em diversos meses**, a notícia de denúncias de irregularidades **sem nenhuma manifestação da tomadora** e o **encerramento do contrato somente em seu termo, ainda que diversas irregularidades tenham sido noticiadas**.

O caso em comento evidencia que é plenamente possível a responsabilização subsidiária da Administração Pública em caso de inadimplemento dos encargos trabalhistas pelo contratado, sem ferir a legislação vigente e sem se pautar **apenas** em bases principiológicas protetivas, atropelando princípios igualmente constitucionais atinentes a outras disciplinas relacionadas ao tema.

Interessante ainda destacar que referido caso explicita a preocupação explanada no voto do ministro Barroso, no julgamento do Recurso Extraordinário em comento, já citado neste trabalho, no sentido de haver a necessidade de se propor uma reflexão acerca de qual posicionamento a Administração deve adotar diante da

⁸⁴ Lei 12.527/2011.

ciência de determinada irregularidade em relação aos direitos trabalhistas dos terceirizados.

Neste ponto a nova legislação de contratações públicas, muito tem a contribuir.

A contratação administrativa possui regramento próprio, com procedimentos próprios, sendo um de seus mais caros princípios o do devido processo legal. Qualquer sanção ou restrição, ou alteração nas condições contratuais, deve respeitar tal princípio.

Nesse sentido, é imprescindível o diálogo das fontes aplicáveis.

A nova legislação sobre as contratações públicas traz dispositivos que passam a auxiliar o Administrador Público nessas hipóteses. A nova Lei de Licitações e os tribunais laborais precisam marcar novos encontros para se conhecerem, se entenderem e se aproximarem cada vez mais, sob pena de, não o fazendo, se intensificar essa Torre de Babel hoje existente.

2.4.3 Processos selecionados no ano de 2021⁸⁵.

Avançando para a análise dos julgados atuais publicados no ano de 2021, notamos ainda muita divergência e alguns atropelos, inclusive em relação a teses já definidas pela Suprema Corte.

O primeiro processo (Processo nº 1000013-24.2020.5.02.0317) inicia sua análise a respeito da responsabilidade subsidiária levantando a temática trazida pelo ministro Marco Aurélio quando do julgamento da ADC-16, no tocante à necessidade de a Administração utilizar-se de concurso público para contratação de pessoal.

Não é controvertido que a reclamante prestou serviços ao segundo reclamado, Estado de São Paulo, por intermédio da primeira reclamada. O segundo reclamado foi beneficiado pelos serviços da autora. Poderia, se quisesse, e mediante lei autorizadora, realizar concurso público para contratar seus empregados, mas preferiu fazê-lo por meio de empresa interposta. Então, ocorrendo o inadimplemento das obrigações trabalhistas pela primeira reclamada, o segundo deve responder, porque se beneficiou dos serviços da trabalhadora.

Em que pese a manifestação (vencida) do ministro, a terceirização de mão de obra no âmbito da Administração Pública encontra respaldo na diretriz de descentralização enaltecida pelo Decreto-Lei nº 200/67, recepcionado pela Constituição de 1988 conforme posicionamento pacificado do Supremo.

⁸⁵ Processo nº 1000013-24.2020.5.02.0317; Processo nº 1000731-97.2019.5.02.0303; Processo nº 1000650-78.2020.5.02.0606

O julgado evidencia uma repulsa pessoal do julgador ao processo de terceirização, mesmo tendo esse fenômeno sido incorporado em nosso ordenamento jurídico e reconhecido pelo Supremo em diversas ocasiões, como já destacamos neste trabalho, inclusive como ferramenta de manutenção de empresas, fonte de emprego e renda, se contraponto ao argumento da precarização das condições de trabalho.

O posicionamento maculado por parciais convicções prejudica uma solução processualmente adequada da demanda.

Outro ponto de destaque é a submissão aos verbetes de súmula, como verdadeiros “diplomas legislativos” hábeis a proibir, permitir, impor ou limitar direitos que, por vezes, contrariam a própria lei.

Aqui é aplicável a Súmula nº 331 do C. TST, que é de grande alcance social. Ao passo que permite a terceirização de algumas atividades, imputa ao beneficiário dos serviços do empregado a responsabilidade subsidiária, de modo que a parte mais fraca na relação triangular, que é o empregado, não deixe de receber os seus direitos trabalhistas, enquanto os contratantes (empresas fornecedora e recebedora da mão de obra) saiam ilesos e com lucro daquela relação. Se assim não fosse, empresas fariam contratos entre si, o empregador lesaria o empregado, e quando este fosse buscar os direitos trabalhistas, nada receberia; e tais empresas continuariam assim procedendo, trazendo para o meio social e trabalhista, insegurança, desarmonia e violenta ofensa, direta e indireta, aos direitos trabalhistas contidos na CLT, legislação esparsa e Constituição Federal. Assim, este entendimento obriga o tomador dos serviços a exercer efetiva fiscalização sobre a empresa que fornece a mão de obra. Se essa for condenada judicialmente, a conclusão é no sentido que não honrou com as rotineiras obrigações trabalhistas e ambas as empresas (tomadora e fornecedora da mão de obra), sócias no ilícito trabalhista, devem, também, ser sócias na responsabilidade do pagamento ao funcionário lesado. Esse é o entendimento da Súmula nº331, do C.TST.

A terceirização é lícita e possível para aquelas atividades-meio ou secundárias. Quando se trata de atividade-fim, a terceirização não é possível, gerando o vínculo empregatício direto com o tomador dos serviços. No entanto, mesmo aquelas empresas que contratam outras empresas para a execução de tarefas não ligadas à sua atividade-fim, devem verificar a idoneidade dessas empresas e fiscalizar as mesmas quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas. Assim não agindo, incorrem em culpa in vigilando. É o caso. (grifos nossos)

A Corte Suprema repudia a utilização da dicotomia atividade meio x atividade fim, para análise da licitude do processo de terceirização. Contudo, a análise judicial transcrita acima parece discordar do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

O trecho abaixo evidencia mais uma vez a desconexão das decisões trabalhistas com a legislação administrativa. Pressupõe que o trabalhador não possui acesso à documentação, quando, em verdade, possui, assim como qualquer cidadão,

por si ou seu advogado, bastando sua simples solicitação por meio das ferramentas de acesso à informação⁸⁶.

Não se está aqui a defender a atribuição do ônus probatório a uma parte ou a outra, mas apenas indica-se que o caminho escolhido para tanto está equivocado. Bastaria utilizar-se da teoria da aptidão para prova, mas nunca partir de premissas falsas.

Com efeito, cabia ao recorrente provar que se empenhou nas devidas fiscalizações e cautelas, ônus probatório que lhe competia, tratando-se de fato positivo e de seu interesse

– artigos 373 do Código de Processo Civil e 818 da CLT. Se o Ente Público tem o poder/dever de fiscalizar, certamente que deve formalizar os elementos documentais que provem a fiscalização.

Transferir esse *onus probandi* ao trabalhador implica na negativa do direito de prova, considerando-se que este, trabalhador, não tem acesso aos documentos cuja guarda é restrita ao órgão público.

O recorrente não trouxe aos autos documentos capazes de demonstrar que, ao longo do seu contrato com a primeira reclamada, tenha sido diligente. E a simples juntada de recibos de pagamento e guias de recolhimento do FGTS e INSS, não são suficientes. Deve ser considerado, porque é de suma importância, que vários direitos trabalhistas, como por exemplo, férias + 1/3, 13º salários, aviso prévio, FGTS + 40%, são constituídos, adquiridos, solidificados dia a dia, mês a mês, ano a ano, e muitos deles (aviso prévio, FGTS + 40%, férias proporcionais, 13º salário proporcional) tornam-se devidos e exigíveis apenas com a rescisão contratual. Por isso, o tomador dos serviços, mormente o Ente Público, deve fazer constar em contrato o necessário provisionamento de parte da fatura mensal paga à empresa fornecedora de mão de obra, de modo que todos os direitos trabalhistas sejam satisfeitos. (grifos nossos)

O texto demanda ainda reflexão quanto à análise do caso concreto, em que restou evidenciado que o ente comprovou nos autos a fiscalização **através de recibos de pagamento e recolhimento de INSS e FGTS**. Porém o julgador, considerando insatisfatório tal procedimento, determina que o ente **altere sua minuta contratual** para que conste o provisionamento mensal da quantia para efetivo pagamento dos trabalhadores.

E prossegue.

E quanto aos demais documentos do pacto laboral, mister se faz que a empresa tomadora dos serviços não somente os tenha consigo, como também prove que efetuou a fiscalização do cumprimento da legislação trabalhista, como por exemplo, fazendo o cotejo entre horários cumpridos e horas extras pagas. A fiscalização, apenas formal, não elide a culpa *in vigilando* do tomador.

Não reconhecer a responsabilidade subsidiária dos Órgãos Públicos, quando provada a culpa, poderia, em tese, desmerecer, de forma direta, os alentadores artigos 1º, inciso III, 3º, III, 4º, II e, de modo oblíquo, ao disposto no artigo 7º e seus incisos, todos da Constituição Federal.

⁸⁶ Lei 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação.

E não há qualquer eiva de inconstitucionalidade na no referido entendimento jurisprudencial. O suporte legal consta do voto acima, assim como há subsídio no artigo 8º da CLT.

O artigo 71, da Lei nº 8666/93, embora não seja inconstitucional, não pode ser aplicado, porque colide com o artigo 9º da CLT. Não pode se sobrepor aos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro, aplicando-se, para o trabalhador, a norma mais favorável. Em havendo dano ao empregado, por inidoneidade do empregador, o tomador dos serviços deve responder quanto ao pagamento das verbas trabalhistas devidas, vez que teve proveito da força de trabalho do empregado. A dicção do artigo 71 da lei em comento é voltada ao reconhecimento espontâneo do Ente Público e não o reconhecimento pela via judicial.

A decisão proferida na ADC nº16 do STF não impede a responsabilização da pessoa jurídica de direito público em caso de culpa na contratação. Apenas estabelece a presunção absoluta de constitucionalidade do art. 71, parágrafo 1º, da Lei nº8.666/93, sem engessar o Poder Judiciário, que tem liberdade na análise das circunstâncias fáticas presentes em cada caso concreto. Nego provimento ao recurso. (grifos nossos)

A transcrição acima leva à reflexão de quão imparcial foi referido julgamento. Imparcial não em relação às partes dos autos, mas, sim, com suas convicções pessoais em detrimento do ordenamento jurídico.

A utilização do raciocínio enraizado em princípios protetores oponíveis a tudo e a todos, fazendo prevalecer uma convicção pessoal contrária à legislação e à manifestação da Corte Suprema, não parece ser sinônimo da imparcialidade desejada de um julgador e menos ainda da segurança jurídica almejada em um estado de direito.

Este julgado nos traz mais uma vez à reflexão do quão importante se mostra a estudo holístico do ordenamento jurídico. Às situações fáticas não podem ser colocadas em uma bolha isolada, mas sim merecem análise dentro de um contexto social e fático indissociável.

Em que pese a decisão acima parta de argumentos muito ímpares, não parece representar um viés significativo na jurisprudência, ao menos em contexto à demais decisões analisadas.

O segundo processo (1000731-97.2019.5.02.0303) do cenário atual ressalta mais uma vez os questionamentos práticos levantados pelo ministro Barroso quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931. Como seria a comprovação de suficiente de fiscalização?

Segundo suas ponderações, seria possível, e mesmo recomendada, que a fiscalização se fizesse por amostragem, tal como ocorre com os órgãos de controle, nesse sentido, no caso em apreço poderia ser elidida a responsabilização.

Destaca-se, inicialmente, que o § 1.º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/1993, ao revés do que sustenta o recorrente, não exclui a culpa e a *in eligendo in*

vigilando, determinantes da responsabilização subsidiária do tomador de serviços, pois, ainda que tenha havido licitação, as suas diretrizes são estabelecidas pelo próprio órgão contratante, que pode e deve estabelecer regras com vistas à proteção dos trabalhadores cuja força de trabalho lhe beneficiará. Ademais, cabe ao ente público a função fiscalizadora dos contratos que celebra, sempre em consonância com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o que abrange sim o devido cumprimento dos encargos trabalhistas pela contratada.

Ressalto, ainda, que foram colacionados aos autos pela recorrente alguns documentos, contudo, os mesmos não demonstram a efetiva fiscalização do contrato de prestação de serviços.

Cito como exemplo os recolhimentos do FGTS. O contrato de trabalho da autora iniciou-se em maio de 2018, contudo, o primeiro recibo de regularidade do FGTS juntado pelo Município é de dezembro de 2018. Na verdade, só há comprovação de regularidade de dezembro de 2018 a 4.5.2019.

Dito de outro modo, não há comprovação de recolhimento do FGTS no período de maio de 2018 até 26 de dezembro de 2018 e nem após 4 de maio de 2019 Segundo a documentação juntada pela própria Municipalidade, esta já tinha ciência de irregularidades nos contrato de prestação de serviços, em especial em relação aos colaboradores da prestadora que não vinham recebendo seus direitos trabalhistas regularmente, inclusive, já havia queixas quanto a irregularidade do FGTS. (grifos nossos)

Outro ponto destacado por Barroso exala no caso em comento. O que fazer diante da ciência da irregularidade pela Administração. Nesse sentido, a responsabilidade incidiria.

A Municipalidade, portanto, tinha que ter tomado medidas para evitar as lesões de direito desses colaboradores, mas não o fez, ao menos no caso da reclamante, cujas lesões foram verificadas no presente processo.

Logo, evidenciada a culpa *in vigilando*, deve a recorrente responder subsidiariamente pelos créditos deferidos à trabalhadora.

No que concerne à alegação de que o ente público não pode ser responsabilizado pelas verbas rescisórias, também aqui sem razão a recorrente. Não há fundamento lógico ou jurídico que limite a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços. A pessoa jurídica condenada subsidiariamente responde pelos créditos devidos pela devedora principal, substituindo-a no pagamento, sem exceção. Assim, a responsabilidade do tomador de serviços é integral, descabendo falar em responsabilidade personalíssima ou exclusiva da empregadora, não extensível, portanto, ao tomador. Toda a dívida derivada do descumprimento das leis trabalhistas, seja durante o contrato de trabalho, seja no ato de rescisão, é de responsabilidade do tomador (pessoa jurídica de direito público ou privado), subsidiariamente, inclusive as multas dos artigos 467 e 477 da CLT, de 40% do FGTS e indenização por danos morais. (grifos nossos)

Da análise do julgado, restou demonstrado a ciência inequívoca da Administração tomadora dos serviços do descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, o que lhe impõe o dever de agir.

Sob tal aspecto, novamente se questiona: Quais as medidas assecuratórias são permitas e exigidas da Administração? Tanto a Lei de Licitações quanto os editais

e os contratos têm diversas ferramentas punitivas, no entanto, algumas não são eficazes para o tema sob análise.

A nova Lei de Licitações traz em seu bojo dispositivos específicos para tornar mais eficiente a fiscalização pela Administração em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada sem ferir o princípio da legalidade, da subjetividade e da vinculação ao instrumento convocatório.

Contudo, um diálogo fático normativo entre as disciplinas administrativista e laboral contribuirá ao aprimoramento cada vez mais eficaz à temática.

Outro ponto que merece reflexão no julgado acima é a suposta ausência de fundamento lógico jurídico que limite a responsabilização do tomador. O julgado destaca a inexistência de qualquer limitação quanto ao alcance da responsabilidade subsidiária, incluindo inclusive obrigações personalíssimas.

Neste aspecto ressurgem a importância da análise do instituto do nexo de causalidade.

O último processo (1000650-78.2020.5.02.0606) selecionado demonstra a falta de concretude da análise da culpa *in vigilando* para caracterização da responsabilidade.

As decisões do E. STF na ADC nº 16 e no RE 760931/DF sobre o Tema 246 de Repercussão Geral, que declararam a constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, não inviabilizam a responsabilidade da Administração Pública, desde que as incorreções protagonizadas pela empregadora contratada decorram de falha ou de ausência de fiscalização pelo contratante, órgão público. Dessa forma, segundo as premissas estabelecidas, não basta simplesmente o ente público valer-se da prestação de serviços da empregada para que lhe seja imputada automaticamente a responsabilidade.

Na espécie, a despeito da extensa documentação juntada com a defesa, mais precisamente 721 documentos, verifica-se que o Município não apresentou documentos que comprovem a efetiva fiscalização, notadamente quanto ao contrato da autora. A comprovação cabe ao tomador (não à reclamante) ante sua maior aptidão para a prova. Quando a Administração Pública (direta ou indireta) efetua a terceirização, ainda que sob o manto da legislação, equipara-se à iniciativa privada, devendo ser responsabilizada pelos haveres devidos à reclamante, pois foi a beneficiária direta dos serviços prestados e responsável pela contratação da empresa intermediária que, por sua vez, não observava o fiel cumprimento das normas trabalhistas. Fato é que o Município de São Paulo não fiscalizou, como deveria, o cumprimento das obrigações da primeira demandada. Por fim, a responsabilização subsidiária transfere ao tomador dos serviços toda e qualquer obrigação contratual inadimplida pelo empregador. (grifos nossos)

A transcrição do trecho do referido julgado, demanda o destaque a alguns pontos de análise.

Primeiramente refere o julgado à manifestação da Suprema Corte que não impede a responsabilização da Administração enquanto tomadora de serviços.

Prossegue destacando que a Administração juntou aos autos uma vasta quantidade de documentos, mas que tais documentos não comprovariam a efetiva fiscalização. Prossegue dizendo que a Administração se equipara a iniciativa privada e que não comprovou a fiscalização como deveria.

Não há no julgado definição do que de fato condenou a Administração. O que de fato deixou de demonstrar nos autos no entender do magistrado parece ter ficado apenas em seu íntimo, não tendo se concretizado nos autos, o que revela um subjetivismo contrário a segurança jurídica. Uma fundamentação que poderia se encaixar em qualquer contexto, o que se mostra refutado pelo diploma processual comum (CPC, Artigo 489, § § 1º e 2º).

Repita-se mais uma vez, que se encontram nos polos da reclamação trabalhista o trabalhador, que goza de proteção por sua hipossuficiência. De outro lado o Estado, que por sua vez também goza de prerrogativas e sujeições por representar o interesse da coletividade, em última análise, inclusive do trabalhador enquanto cidadão.

De outro lado, está a jurisdição, que precisa equilibrar essa relação com postulados da proteção, legalidade, razoabilidade e segurança jurídica.

A análise dos julgados acima colacionados ratifica a necessidade de tratamento do tema pela Suprema Corte, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto à matéria infraconstitucional.

Como pudemos notar, mesmo após tantos versos gastos para elidir a responsabilização automática, o posicionamento judicial ainda se satisfaz com a fundamentação de que a inadimplência reconhecida gera a responsabilização, mesmo que formalmente se faça citação à existência de culpa, à ADC-16 e à Súmula nº 331 do TST, em mero exercício de retórica, quando, em realidade, na prática, o real convencimento da culpa na fiscalização se dá pelo reconhecimento dos créditos, ou seja, pela mera inadimplência, pressupondo, assim, a inexistência de fiscalização.

Após realizada pesquisa jurisprudencial acima, a prática da advocacia trouxe um exemplo do tratamento dado ao tema pela primeira instância⁸⁷ no Tribunal Regional da 2ª Região, cuja citação se mostra pertinente a este trabalho.

Em uma carta de **citação** constou a seguinte determinação quanto à tomadora dos serviços:

Acerca do pedido de **responsabilidade subsidiária do ente público**, cumpre tecer algumas considerações.

⁸⁷ Processo nº 1000743-98.2021.5.02.0608.

A propósito, o C.STF no julgamento do RE 760.931, em sistemática de repercussão geral (portanto, vinculante) no Tema 246 fixou a seguinte tese: “*O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93*” (grifei). Isso deixa evidente que o que se veda é apenas transferência automática (pura e simples) de responsabilidade à administração quanto ao inadimplemento de encargos trabalhistas não pagos pela empresa contratada, portanto não impede a corresponsabilidade subsidiária quanto o ente público age culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*.

Ademais, em julgamento de embargos declaratórios no mesmo RE 760.931, o Exmo. Senhor Ministro Edson Fachin, redator designado em seu voto vencedor, reafirma que “... *na respectiva tese de repercussão geral, a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de culpa in eligendo ou culpa in vigilando, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade*”.

(grifei).

Isso posto, determino ao ente público que, junto com a defesa, traga aos autos (a) cópia do convênio/contrato, (b) toda documentação relativa à parte reclamante – pagamento de salários e rescisórias, recolhimentos do FGTS inclusive da multa de 40%, bem como todos os relativos aos pleitos postos na exordia!, sob as penas do art. 400, CPC.

Aplico o art. 844 da CLT (“O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato”), bem como a Orientação Jurisprudencial nº 152, SBDI-I, do C.TST (“Pessoa jurídica de direito público sujeita-se à revelia prevista no artigo 844 da CLT”).
(grifos nossos)

Analisando a petição inicial do referido processo, não há uma única alegação sequer acerca de possível falha na fiscalização pela tomadora, sendo o pedido de responsabilização subsidiária fundamentado exclusivamente em razão de ter a reclamante prestado serviços a uma única tomadora (ente público) durante todo o tempo em que laborou para seu empregador.

No entanto, superada a questão da análise da causa de pedir (reconhecidamente flexível na seara laboral), a princípio, a carta de citação acima nos mostra um importante paradigma quanto a mudança na análise da responsabilidade e o momento de imputação do ônus de prova.

Tecnicamente, a citação do artigo 400 do Código de Processo Civil não se refere à inversão de ônus, mas, sim, à regra direta de prova, no entanto, como dito, não há na petição inicial qualquer alegação de culpa *in vigilando*, ainda assim referida postura pode sinalizar a vinda de um olhar mais atendo à questão probatória da culpa para responsabilização subsidiária da Administração Pública.

2.4.4 Conclusão sobre a Jurisprudência selecionada do Tribunal

E qual fotografia podemos tirar da jurisprudência do TRT-2, diante dos posicionamentos dos tribunais superiores?

O objetivo deste trabalho não se coaduna com ataques à jurisprudência laboral, ao revés, busca maior reflexão sobre os caminhos para alcançar a segurança jurídica, com a utilização do diálogo das fontes, sem anular ou desrespeitar a normatização existente.

No entanto, como vimos os julgados analisados, em sua maioria, deixam de utilizar institutos consolidados do direito, como princípio da legalidade e vinculação do instrumento convocatório, do direito administrativo, nexos de causalidade e limites da responsabilidade do direito civil e atribuição do ônus de prova do direito processual.

Diversos julgados utilizaram-se de princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho como único fundamento a justificar a decisão proferida, enquanto juridicamente possível a utilização de argumentos legais e concretos para tanto.

Não se está aqui a afastar a utilização de tais princípios constitucionais, mas sim alça-los à importância de verdadeiros postulados, como axiomas normativos, não como atalhos para imposição de uma convicção pessoal.

À medida que a Suprema Corte se pronuncia quanto ao tema e o TST altera sua súmula, as decisões de primeira e segunda instância se amoldam aos “novos dizeres” do enunciado de súmula, sem, contudo, em sua maioria, alterarem a forma de análise do requisito exigido, ou seja, sem de fato, adentrarem à questão fática da fiscalização.

Contudo, necessário mais uma vez ressaltar, que toda a jurisprudência em apreço fora construída sobre a égide da lei 8.666/93, que será substituída pela lei 14.133/01. Ocorre que a nova legislação traz importantes regramentos acerca da responsabilidade da administração pública e de sua atividade fiscalizatória.

2.5 A responsabilidade da Administração na nova legislação

A Lei nº 14.133/21 que substituirá⁸⁸ a Lei nº 8.666/93 dispõe no parágrafo primeiro de seu artigo 121 de forma **muito semelhante** ao disposto no parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, citado em todos os acórdãos, súmulas e embates. No entanto, além das previsões contidas em seu diploma antecessor, acrescenta disposição específica em relação a contratações de **serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra**.

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º **Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra**, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e **subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado**.

§ 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:

I – exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;

II – condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;

III – efetuar o depósito de valores em conta vinculada;

IV – em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;

V – estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

§ 4º Os valores depositados na conta vinculada a que se refere o inciso III do § 3º deste artigo são absolutamente impenhoráveis.

§ 5º O recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

A redação do texto legal expresso acima transcrito, direciona o leitor no sentido de que a Administração Pública não será responsável pelo pagamento dos encargos

⁸⁸A Lei nº 14.133/21 entrou em vigor na data de sua publicação, mas prevê revogação escalonada da Lei nº 8.666/93.

Art. 193. Revogam-se:

I – os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II – a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts.

1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Art. 194. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 09 out. 2021

trabalhistas, bem como eventual inadimplência do contratado não poderá onerar o objeto do contrato nas contratações em geral realizadas através de processos licitatórios.

A norma reafirma (assim como em sua antecessora) que os **encargos trabalhistas** da empresa contratada não se comunicam com a Administração Pública contratante. Quanto aos encargos previdenciários, deve-se seguir a legislação específica.

Em relação aos encargos previdenciários, a previsão da Lei de Licitações vem acompanhada da obrigação posta no artigo 31 da Lei nº 8.212/91⁸⁹.

Dos elementos destacados, conclui-se que há responsabilidade solidária da Administração Pública **apenas** quanto aos encargos previdenciários em razão de expressa previsão legal. Há previsão tanto pela Lei de Licitações quanto pela lei de custeio da Previdência Social, o que não se verifica em relação aos encargos trabalhistas.

O texto apresentado na nova legislação vigente reforça a opção legislativa a respeito da exclusão da responsabilidade da Administração Pública, ao menos quanto à contratação de serviços sem dedicação exclusiva, o que viria de encontro com o posicionamento do STF, que já pacificou a possibilidade de responsabilização, ainda que de forma excepcional.

O Supremo Tribunal Federal reconhece, na ADC-16, a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e impede a responsabilização automática da Administração Pública na própria ementa do Acórdão⁹⁰, sendo que, nas razões de decidir, admite a responsabilização da Administração Pública de forma excepcional

⁸⁹ Lei 8.212/91. Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009.). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em 9 out. 2021

⁹⁰ ADC16 – Ementa: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com administração pública. Inadimplência do outro contratante. Transferência consequente e automática dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade Jurídica. Consequência proibida pelo do art. 71, § 1º, da Lei federal 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida desta norma. Ação direta de constitucionalidade julgada procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no do art. 71, § 1º, da Lei 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei 9.032, de 1995.

pela responsabilidade extracontratual subjetiva em caso de omissão quanto à obrigação de fiscalização que lhe é legalmente imposta.

A ementa do acórdão do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF, já transcrito no capítulo anterior, partindo do consolidado entendimento decorrente da ADC-16, reconhece a terceirização como sendo um mecanismo essencial para a preservação de postos de trabalho, refutando seu enquadramento como forma de precarização do trabalho humano, e a importância do respeito à escolha do legislador.

Contudo, todos esses julgados ocorreram sob a égide da Lei 8.666/93, que não fazia qualquer distinção entre contratação de serviços especializados e contratação de serviços **com dedicação exclusiva** de mão de obra.

Nesse sentido, se mostra imprescindível a análise da evolução legislativa no que diz respeito à previsão de responsabilidade da Administração Pública, a seus limites e às suas possibilidades, tendo em vista não apenas a normativa administrativista, mas também a doutrina acerca do tema responsabilidade.

A Lei nº 8.666/93 possui indiscutível relevância no cenário político administrativo, mas desde sua origem recebeu inúmeras críticas, e, ao longo de sua vigência, também algumas alterações legislativas. A confirmar esse cenário com pouco mais de dois anos de sua vigência, fora apresentado um Projeto de Lei que recebeu o nº 1.292/95 para alteração da recém-publicada Lei de Licitações.

Contudo, o Projeto de Lei nº 1.292/95, oriundo do Senado Federal que inicialmente previa apenas o acréscimo de um inciso (V) ao artigo 30 da lei, teve apensado a ele um projeto originado na Câmara dos Deputados com diversas alterações na lei. Ao longo desses quase vinte e cinco anos de tramitação, esteve sujeito a inúmeros projetos de lei a ele apensados e desapensados.

Como bem explica o procurador federal Rafael de Oliveira⁹¹, em 2013 a Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações apresentou um Projeto de Lei ao Senado, sob nº 559/2013, que posteriormente foi apensado ao Projeto de Lei nº 1.292/1995, sendo este aprovado na Câmara com modificação, voltando, então, ao Senado, o qual acatou as alterações com algumas ressalvas, e tendo recebido o nº 4.253/2020.

⁹¹ Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/12/18/10-topicos-mais-relevantes-do-projeto-da-nova-lei-de-licitacao-e-contrato/>. Acesso em: 5 mar. 2021.

Em fevereiro de 2021, o projeto foi encaminhado⁹² para sanção presidencial, sendo sancionada no dia 1º de abril de 2021 a nova Lei de Licitações, agora sob nº 14.133/2021, que substitui a Lei nº 8.666/93 e estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Com sua publicação, a nova Lei de Licitações revoga imediatamente os artigos 89 a 108 da Lei nº 8.666/93, e referida lei como um todo após o decurso de dois anos de sua publicação.

A Lei em comento demonstra o quão dinâmico é o Direito e a importância de o legislador estar atendo aos anseios sociais, não apenas de uma determinada esfera social, mas, sim, sob uma visão holística do tema.

A Lei nº 14.133/21, resultado da incorporação de diversos projetos de lei, foi construída ao longo de todos esses anos (lembrando seu início em 1995) e consolida, em um único diploma legal, diversos regramentos, como a lei do pregão e do regime diferenciado de contratações públicas.

Assim, o que poderia ser um projeto velho, ultrapassado e descabido, em realidade vem observando e se amoldando às necessidades da sociedade e do Estado.

A Lei em construção há mais de vinte anos conta com o amadurecimento das decisões judiciais, no caso em estudo, acerca da responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado em contrato firmado em decurso de regular processo licitatório.

A mudança trazida sobre o assunto é notória, embora aquém da necessária. O legislador admite a possibilidade de responsabilização da Administração Pública de forma subsidiária em relação aos encargos trabalhistas **apenas** nas contratações de serviços contínuos **com regime de dedicação exclusiva de mão de obra**, ou seja, em caso de intermediação pura de mão de obra pela Administração Pública.

Da leitura do artigo 121 da Lei 14.133/21, é possível destacar algumas reflexões.

A nova Lei de Licitações, com quase vinte e cinco anos de maturação, reafirma a opção legislativa, de não responsabilização da Administração Pública direta e autárquica, pelos encargos trabalhistas em caso de inadimplência do contratado, mas

⁹² Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>. Acesso em: 5 mar. 2021.

não se atenta ao posicionamento jurisprudencial que atenua a previsão legal para impor responsabilidade à Administração equilibrando os valores protegidos pelo ordenamento jurídico (direito social do hipossuficiente e o interesse público).

De outro lado, observa e acolhe a necessidade social representada pela manifestação jurisprudencial acerca da responsabilização da Administração Pública em casos de contratação de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra (conhecido como intermediação de mão de obra) quando comprovada falha na fiscalização das obrigações do contrato.

O maior mérito legislativo é a individualização das diferentes formas de contratação de serviços pela Administração, atribuindo maior poder de gestão e consequentemente responsabilidade para casos de terceirização de mão de obra exclusiva.

Diante desta separação, até então inexistente em nosso ordenamento jurídico se faz necessária a reflexão quanto a necessidade ou não de nova manifestação da Suprema Corte acerca da responsabilidade da Administração Pública considerando a alteração legislativa e a inegável diferença entre os dois tipos de contratação destacados na norma.

Contudo, não parece razoável que a jurisprudência retroaja em termos de atribuição de responsabilidade para os casos de contratação de serviços especializados.

Não há como negar a necessidade de diferenciar as diferentes formas de contratação, pois, de fato, cada qual possui especificidades próprias, inclusive no que tange ao controle e fiscalização. Mas também não há como defender a total irresponsabilidade da Administração.

De outra banda, a Lei mantém incólume da inteligência do antigo parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 (repetido no parágrafo primeiro do artigo 121 da nova Lei), no sentido da não responsabilidade subsidiária da Administração, sendo esta somente admitida em contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

A *ratio* normativa se funda na principiologia e as garantias atinentes ao processo licitatório, uma vez que atribui responsabilidade proporcional à possibilidade de fiscalização.

Contratações de serviços específicos impõem ausência ou mitigação da interferência estatal na gestão e na operação da iniciativa privada quando da

prestação de serviços especializados, em que não se verifica a contratação de mão de obra pura e simples, mas, sim, um serviço especializado, um objeto finalizado.

Pela terceirização de serviços específicos, a *expertise* do objeto contratado, assim como toda a competência gerencial, fica a cargo da empresa contratada, sendo afastada a interferência administrativa na esfera gerencial do contrato.

Em caso de contratação de posto de trabalho, serviços contínuos com dedicação exclusiva, como é o caso de intermediação de mão de obra, as circunstâncias são diversas. O *modus operandi* é outro. Há, não apenas a possibilidade total de acompanhamento e controle da prestação dos serviços, mas também uma obrigação da Administração em fiscalizar atos diretamente relacionados à prestação de serviços e a seus efeitos trabalhistas e previdenciários, por exemplo, quantidade de trabalhadores nos postos de trabalho, quantidade de horas de serviços prestados, acompanhamento de ausências legais, substituições etc.

A fórmula é racional: maior controle, maiores responsabilidades.

Contudo, mais uma vez o que parece ser a pedra de toque da responsabilidade subsidiária da Administração Pública são os contornos da responsabilidade que dependerão dos limites fiscalização.

Se a Administração contrata um serviço especializado, sendo o objeto entregue no tempo e no modo contratados, a interferência administrativa na gestão da operação da empresa especializada, no departamento pessoal ou nos recursos humanos da empresa contratada, é mínima ou quase que inexistente.

De outra monta, em se tratando de contratação de posto de trabalho, com especificações expressas pela administração, poderá ser dela exigida responsabilidade pelos encargos trabalhistas, sendo possível, e exigido, um controle maior na gestão dos postos de trabalho, da mão de obra e, conseqüentemente, das correspondentes obrigações trabalhistas.

Nesse sentido, a coerência legislativa é notória e elogiável, pois, ao impor maior responsabilidade à Administração, a ela assegura total poder de fiscalização e controle, não somente nas obrigações contratuais relacionadas diretamente ao objeto, mas também sobre as obrigações legais trabalhistas da contratada em relação à mão de obra empregada na execução do serviço.

Verifica-se também maior amplitude de poderes estatais de controle, possibilitando, inclusive, retenção de pagamentos, realização de pagamentos em

contas vinculadas e até mesmo pagamento condicionado à ocorrência de fato gerador, como o caso das férias e gratificação natalina dos trabalhadores.

Dispositivos da nova lei ressaltam a necessária diferenciação do tratamento entre a intermediação de mão de obra pela Administração Pública das demais espécies de contratação em razão das peculiaridades específicas de cada tipo de contratação.

O artigo 50 da Lei 14.133/21, no qual consta expressa previsão legal de exigências à contratada de comprovações de pagamentos aos terceirizados que efetivamente prestam serviços diretamente à Administração, é um exemplo de correlação direta entre poderes e responsabilidades, vez que impõe ao administrador o poder-dever de fiscalizar, em razão da reponsabilidade ao qual a Administração está sujeita.

A nova lei traz importantes previsões legais⁹³ que norteiam a Administração Pública e, ao mesmo tempo, asseguram ao particular contratante a objetividade e a vinculação ao instrumento convocatório, afastando arbitrariedades, perseguições e surpresas.

O diploma representa um importante marco racional quanto à proporcionalidade para atribuição de responsabilidade deixando evidenciado, ao menos, duas situações em especial. Primeira situação, a necessária diferenciação entre os diversos contratos firmados pela Administração, especialmente a diferença entre contratação de **serviços especializados** e a **contratação de serviços**

⁹³ Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições:

§ 1º Constará do edital de licitação cláusula que exija dos licitantes, sob pena de desclassificação, declaração de que suas propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas. (grifos nossos)

Art. 135. Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada: I – à da apresentação da proposta, para custos decorrentes do mercado; II – ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada, para os custos de mão de obra. (grifos nossos)

§ 1º A Administração não se vinculará às disposições contidas em acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de matéria não trabalhista, de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados do contratado, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade. § 2º É vedado a órgão ou entidade contratante vincular-se às disposições previstas nos acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública. (grifos nossos)

contínuos de mão de obra exclusiva (postos de trabalho) conhecida como intermediação de mão de obra.

Segunda situação, é a atribuição de responsabilidade atrelada à possibilidade de interferência na gestão organizacional, operacional e administrativa da empresa contratada, o que se mostra perfeitamente coerente quando se trata de contratação de postos de trabalho.

Mas teria a Lei 14.133/21 reacendido a discussão da ausência de responsabilidade subsidiária da Administração Pública, ao menos em contratação de serviços especializados?

Como já mencionado, não há como defender o retrocesso quanto a responsabilidade da Administração, ainda que em casos de terceirização de serviços especializados (que NÃO os de postos de trabalho).

O modelo legislativo de irresponsabilidade da Administração vai de encontro ao anseio social e equilíbrio democrático no que diz respeito à imputação de responsabilidade à Administração Pública Direta.

Na Revista do TST comemorativa dos 70 anos de Justiça do Trabalho, encontra-se importante posicionamento⁹⁴:

...intolerável contradição e indefensável paradoxo que o ramo executivo deste mesmo Estado Democrático de Direito, por meio de seus entes integrantes da Administração Pública direta e indireta e na persecução de seus interesses meramente *secundários*, feche os olhos à situação de absoluto desamparo e de total descumprimento dos direitos fundamentais sociais justamente daqueles trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício, ainda que por interposta pessoa, nos casos em que seus empregadores inadimplentes revelem-se incapazes de, com seu patrimônio, satisfazer aqueles débitos, e lute, com denodo, na própria Justiça, pela aplicação isolada e literal de um preceito de lei (o multicitado art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93) apenas para se furtar à responsabilidade extracontratual.

Ainda que, em casos de contratação de serviços especializados, se pense em menor amplitude de responsabilidade, ou se restrinja a amplitude de fiscalização, a total irresponsabilidade parece não encontrar mais acento em nosso ordenamento.

A normativa excludente de responsabilidade fora considerada constitucional, com a ressalva de aplicação da responsabilidade de forma excepcional.

Nesse contexto, da conjugação da nova legislação com a jurisprudência já existente, poder-se-ia pensar na defesa da responsabilidade da Administração Pública

⁹⁴ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n.16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n.331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 2, p. 271-307, abr./jun. 2011. p. 302

de forma subsidiária em casos de terceirização de postos de trabalho, como regra, ressaltando a excepcionalidade apenas à terceirização de serviços específicos.

Uma reflexão a se desenvolver!

A Lei nº 14.133/21, construída ao longo de mais de duas décadas, que foi permeada por tantas discussões legislativas, sociais e jurisprudenciais, parece trazer um representativo avanço no tratamento legal das licitações e dos contratos administrativos firmados no âmbito da Administração Pública Direta, mas ainda tem um caminho a percorrer quanto a responsabilidade pelos encargos trabalhistas dos terceirizados em caso de inadimplência do contratado.

Talvez a temática se ascenda com o entendimento de que com a nova disposição legislativa, possamos defender a responsabilidade subsidiária como regra em contratos de mão de obra com dedicação exclusiva, e responsabilidade subsidiária como exceção para contratos de serviços especializados.

O que não mais se sustenta é a total irresponsabilidade.

A escusa quanto a assunção de responsabilidade pela Administração Pública não pode se pautar em uma legislação excludente de responsabilidade que ignora os postulados de equilíbrio e razoabilidade, assim como o anseio social pela garantia de satisfação das verbas trabalhistas pela Justiça Laboral não pode ser almejado a qualquer custo, devendo o interesse público e a segurança jurídica serem igualmente respeitados e protegidos, sob pena de se pagar com a própria democracia.

Sempre salutar lembrar que nosso ordenamento não permite à Administração Pública a livre escolha de seus contratados, a livre disposição do erário público, a livre iniciativa para o exercício de atividade econômica e a assunção de riscos e lucros com a atividade desenvolvida.

Nesse sentido, um ponto de interessante e de necessário debate, é o alcance da responsabilidade subsidiária da Administração em relação aos diferentes pleitos formulados nos processos trabalhistas.

Estaria a Administração responsável subsidiariamente por toda e qualquer rubrica pleiteada em juízo, inclusive as decorrentes de atos não alcançados pelo poder de fiscalização a ela imposto?

Essa importante reflexão ainda pende em nosso ordenamento. Sua análise deve se pautar pelos postulados pertinentes ao instituto da responsabilidade.

Outra análise importante se dá em relação a responsabilização subsidiária da Administração Pública Direta, independentemente do tipo de contratação de serviços,

quando comprovado o **não cumprimento das obrigações contratuais diretas** pela Administração contratante, por exemplo, atraso no pagamento das faturas, atraso na autorização para início das atividades ou alterações contratuais unilaterais, limitadas às consequências causadas. Nestes casos poderia se defender um nexo causal presumido. Até mesmo podendo-se cogitar em direito de regresso pela empresa contratada em face da Administração causadora do dano.

Assim, podemos imaginar que as discussões acerca da responsabilidade da Administração Pública Direta pelos encargos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados quando inadimplidos por empresa contratada através de regular processo de licitação ainda estão distantes de terem um fim.

No entanto, para as conclusões sobre a responsabilidade no âmbito das contratações públicas atinentes ao presente trabalho, importante destacar o estudo já construído e consolidado da responsabilidade em si, no caso em análise, da responsabilidade subjetiva, extracontratual.

Uma vez superada a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária à Administração Pública, mostra-se ainda, imprescindível maior aprofundamento quanto aos contornos da imputação de tal responsabilidade.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL COMO INSTITUTO CONSOLIDADO

Para avançarmos no sentido da justiça social e segurança jurídica a proposta é de um diálogo mais interativo, uma roda viva coroada com um chá da tarde entre os direitos administrativo, cível e laboral no que tange a responsabilidade da administração pública pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado.

A necessidade de uma visão holística do instituto foi destacada por Cavalieri nas primeiras linhas da introdução em sua obra *Programa de Responsabilidade Civil*⁹⁵:

Ao longo dos anos, quer como julgador, quer como professor, podemos constatar que muitos operadores do Direito, embora tenham o domínio de certas áreas da responsabilidade civil, não têm uma visão global da disciplina, razão pela qual encontram certa dificuldade para aplicá-la.

⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p.

Destaca o professor Flávio Taruce⁹⁶ o necessário diálogo entre o direito do trabalho e direito civil, no tocante ao tema responsabilidade, na seguinte passagem:

...é preciso analisar as regras tradicionais da responsabilidade civil de acordo com a principiologia própria do Direito do Trabalho. Entretanto, não se pode perder ou abandonar totalmente a técnica, como muitas vezes ocorrem com os julgados que analisam o tema.

Nesse sentido a nova lei de licitações, as teorias e diplomas legais pertinentes a responsabilidade civil e os princípios e direitos laborais precisam tecer um diálogo constante. Até porque o direito é uma ciência única, subdividida em ramos, com aplicação fática à uma sociedade plural.

Tecidas as considerações acerca da responsabilidade da administração pelos encargos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados sob os enfoques administrativista e laboral, imperiosa se faz a análise do instituto da responsabilidade sob o olhar civilista que se dedica ao estudo desde tema.

3.1 Breves noções sobre o conceito de responsabilidade

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves⁹⁷ destaca o enquadramento do instituto da responsabilidade civil como parte integrante do direito obrigacional, em razão da consequência do ato (ilícito), que consiste na obrigação de uma parte de reparar o dano causado à outra parte.

Rui Stoco, em seu Tratado de Responsabilidade Civil⁹⁸, citando a Maria Helena Diniz, traz a seguinte reflexão:

Por fim, resumindo e condensando o entendimento de vários autores pátrios de escol, como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Francisco dos Santos Amaral Neto, Carlos Alberto Bittar e Alvaro Villaça Azevedo, a ilustre e culta jurista Maria Helena Diniz assim define a responsabilidade civil: "A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato ou coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva)", acrescentando que essa definição guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (Responsabilidade civil do empregador por ato lesivo de empregado na Lei n. 10.406/2002. Revista do Advogado, São Paulo, n. 70, ano XXIII, p. 74, jul./2003).

⁹⁶ TARTUCE, Flávio. Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Gen, 2020. p. 1000.

⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 43.

⁹⁸ STOCO, Rui. A responsabilidade e a obrigação de indenizar. In: STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. E-book

Nas palavras do referido doutrinador a responsabilidade “é, portanto, uma consequência, e não uma obrigação original”.

Victor André⁹⁹ lembra que o ordenamento jurídico cria mecanismos para inibir o desvio social, para que o indivíduo se abstenha da prática de atos nocivos à sociedade, e o instituto da responsabilidade civil é um desses mecanismos. Tal doutrinador apresenta ainda o seguinte conceito do instituto¹⁰⁰:

A responsabilidade civil consiste na obrigação do agente de responder por um fato que lhe possa ser atribuído, com sujeição patrimonial ao ofendido, como meio de garantir o equilíbrio que havia para a vítima antes do dano causado, sendo este caracterizado como uma violação de um bem jurídico, matéria, ou imaterial, tutelado pelo Direito.

Cavaliere¹⁰¹ parafraseando San Tiago Dantas destaca que o direito deve cuidar da proteção do lícito e para tanto deve reprimir a prática do ilícito. Neste sentido, todos os viventes em sociedade têm o dever geral de não prejudicar outrem. A violação desse dever jurídico configura o ilícito que quase sempre acarreta dano, gerando o dever de indenizar.

Responsabilidade é assim conceituada por Cavaliere: “responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Após a apresentação do conceito do instituto, imperioso conhecer os limites para sua incidência.

3.2 Limites da responsabilidade

O instituto da responsabilidade possui consolidada doutrina no cenário jurídico nacional. Nesse sentido, em que pese a Lei de Licitações não tenha explicitado limites e requisitos objetivos para a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas inadimplidos, certo é que não se pode negar a disciplina própria do instituto.

⁹⁹ ANDRÉ, Victor Conte. Introdução ao Estudo da Responsabilidade Civil. Curitiba, Juruá Editora, 2019. p 14.

¹⁰⁰ ANDRÉ, Victor Conte. Introdução ao Estudo da Responsabilidade Civil. Curitiba, Juruá Editora, 2019. p 17

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 11

O maior valor da responsabilidade civil não é seu caráter punitivo, mas, sim, o caráter preventivo. Seu desafio é prevenir danos. Assim, quanto mais claros, objetivos e delimitados os requisitos e os limites da responsabilidade, mais eficiente será o método de prevenção.

Cavaliere¹⁰² traz em sua obra duas premissas acerca da ocorrência da responsabilidade:

Primeira: não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação.

Segunda: para se identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem o descumpriu.

A atribuição de responsabilidade civil conta necessariamente com a violação de um dever jurídico. Este se caracteriza como uma conduta imposta pelo ordenamento jurídico que, se violado, se acarretar dano a outrem, gera o dever de repará-lo¹⁰³. A conclusão quanto ao **dever de reparação pressupõe a ocorrência de conduta contrária ao ordenamento jurídico**, e que desta conduta resulte dano a outrem.

Cavaliere¹⁰⁴ traz a distinção entre obrigação e responsabilidade, no sentido de que **responsabilidade sugere um dever jurídico preexistente**. Sendo obrigação um *dever jurídico originário*, responsabilidade passa a ser um *dever jurídico secundário*, sucessivo, decorrente do dever jurídico originário. Em suas palavras, “não há responsabilidade sem a correspondente obrigação”.

Logo, não havendo dever jurídico previamente determinado, não há que se falar em obrigação, nem tampouco em responsabilidade.

A matriz da obrigação de indenizar encontra assento legal no artigo 927 do Código Civil ao dispor que aquele que por **ato ilícito** causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Ato ilícito, por sua vez, encontra previsão legal nos artigos 186 e 187 do diploma comum, e se configura quando alguém, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito causando dano a outrem. Também se inclui nos atos

¹⁰² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 14

¹⁰³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 11.

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 12.

ilícitos aquele que, ao exercer um direito, excede manifestamente os limites impostos por seu fim econômico ou social.

A análise da jurisprudência trazida no capítulo anterior demonstra o posicionamento consolidado da Suprema Corte no sentido de se atribuir à Administração Pública a responsabilidade subjetiva, e em caráter excepcional, pelos pagamentos dos encargos trabalhistas dos terceirizados, nesse sentido, faz-se imprescindível a análise dos elementos necessários a configuração da responsabilidade subjetiva.

Os pressupostos¹⁰⁵ para configuração de tal modalidade de responsabilidade subjetiva são conduta culposa do agente; dano; e nexó de causal entre a conduta e o dano.

Em relação à culpa, destaca Carlos Roberto Gonçalves¹⁰⁶ que ao estudo da culpa deve se considerar a “previsibilidade e o comportamento do *homo medius*”. Nesse sentido, a culpa seria representada pela “violação de um dever que o agente poderia conhecer e observar, segundo padrões médios de comportamento”¹⁰⁷.

Explica ainda Gonçalves que a imprevidência do agente se concretiza através da imprudência, negligência e imperícia, sendo a primeira um agir sem a cautela necessária, a segunda uma omissão quanto a necessária atenção e reflexão e a terceira uma inaptidão técnica para a prática do ato.

A responsabilidade subjetiva da Administração é dividida em culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, sendo a primeira decorrente de uma má escolha pela pessoa que se pretende responsabilizar, no caso, a Administração Pública. Já a culpa *in vigilando* se configura pela falha quanto à fiscalização por parte da Administração.

A Administração Pública Direta, em razão de determinação constitucional e legal está sujeita a processos licitatórios para contratações e até mesmo a regras específicas para hipóteses de dispensa de licitação, ou seja, tem o dever de seguir regras preestabelecidas para a escolha do contratado, regras estas que visam a possibilitar e, de certa forma, direcionar o administrador a uma boa escolha.

Nesse sentido, a culpa *in eligendo*, via de regra, está ligada à falhas no processo licitatório em si, o que não será abordado neste trabalho, em razão da menor

¹⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo, TERRA, Aline de Miranda Valverde, GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil. Volume 4 – Responsabilidade Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: GEN. 2021. p 4.

¹⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 49

¹⁰⁷ ¹⁰⁷ Idem.

incidência nas discussões jurisprudenciais sobre matéria trabalhista cuja análise se propôs este trabalho.

Em que pese falhas em processos licitatórios não sejam investigadas pela Justiça Laboral, não se mostra comum alegações e menos ainda preocupação probatória quanto à referida falha no procedimento licitatório em si. Não é demais destacar que os órgãos de controle como Tribunais de Contas, se ocupam da tarefa de fiscalizar e apurar eventual falha, ilegalidade ou qualquer irregularidade nos processos licitatórios da Administração Pública.

Esclarecido o recorte, passamos a análise da culpa *in vigilando*, decorrente de falha na fiscalização, responsável pela grande celeuma em questão, especialmente em razão de seus limites e implicações práticas.

3.3 Culpa *in vigilando* – requisitos e limites para fiscalização

Conforme já mencionado, antecede a atribuição da responsabilidade a previsão de um dever jurídico.

No tocante ao dever de fiscalização da Administração Pública, no bojo da Lei nº 8.666/93 encontramos alguns dispositivos atribuindo à Administração o dever de fiscalização. Tais dispositivos referem-se, via de regra, à fiscalização da entrega do objeto contratado, mas não às práticas gerenciais internas de cada contrato¹⁰⁸.

As previsões contidas na Lei nº 8.888/93 não parecem desejar, e nem mesmo permitir, a exigência de detalhamentos gerenciais do contratado, inclusive em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e ao princípio constitucional da livre iniciativa.

¹⁰⁸ Lei nº 8.666/93.

Art. 40 o edital indicará as condições de recebimento do objeto.

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

VII – os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

III – fiscalizar-lhes a execução; [...]

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 1º maio 2021.

Assim, os deveres de fiscalização legalmente previstos na Lei nº 8.666/93 estão diretamente ligados ao objeto contratado propriamente dito, ressalvando-se a exigência prevista no inciso XIII do artigo 55, em que se prevê expressamente que cabe ao contratado manter todas as condições exigidas para a habilitação nestas, estando incluídas a regularidade fiscal e trabalhista, condição tal que deve ser fiscalizada pela contratante.

Contudo, tal fiscalização resumia-se a exigências de certidões que diziam respeito ao contratado, não necessariamente aos trabalhadores diretamente relacionados à execução do objeto licitado.

A ampliação do entendimento do que deveria ser o dever da administração, ou seja, a amplitude do que deveria ser fiscalizado foi trazido pela jurisprudência, vez que a lei 8.666/93 continha disposição restrita.

A Lei nº 14.133/21, por sua vez, traz diversos dispositivos ampliando o poder-dever de fiscalização da Administração Pública, especialmente no tocante a licitações para contratação de serviços contínuos de dedicação exclusiva de mão de obra.

A previsão expressa de responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas nas contratações de serviços contínuos de dedicação exclusiva de mão de obra, quando comprovada **falha na fiscalização** do cumprimento das **obrigações do contratado**, sem qualquer sombra de dúvidas representa uma grande mudança paradigmática quanto às obrigações e, conseqüentemente, às responsabilidades da Administração.

Enquanto a legislação anterior preocupava-se com o resultado final, ou seja, quanto à satisfatoriedade em relação ao objeto contratado, que, via de regra, consistia na entrega de uma obra, um bem específico ou um serviço especializado, a nova Lei de Licitações atenta aos novos contratos firmados pela Administração, especialmente para a contratação de mão de obra para serviços contínuos, e traz em seu bojo novas responsabilidades para a Administração no tocante à sua obrigação de fiscalizar.

Elogiosa evolução legislativa demonstra total atenção às peculiaridades dos diferentes objetos contratados. O dever de fiscalização em relação a um contrato cujo objeto é a entrega de uma ponte, ou uma assessoria jurídica específica, inclui procedimentos e peculiaridades que não pode ser idêntico ao dever de fiscalizar um contrato de posto de trabalho de um atendente, ou vigilante por exemplo.

Nesse sentido, o dever de fiscalização trazido pela Lei nº 14.133/21 traz contornos mais objetivos e alinhados aos anseios sociais relacionados à contratação de mão de obra terceirizada pela Administração Pública.

O já citado artigo 50 do novo regramento prevê a exigência de apresentação pelo contratado de diversos documentos relacionados aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, tais como registro de ponto, recibo de pagamento de salário, hora extraordinárias, gratificação natalina, férias, entre outros. Prevê, inclusive, a exigência de o contratado demonstrar o cumprimento de obrigações previstas em fontes autônomas de obrigação, como convenções e acordos coletivos.

Partindo-se do pressuposto de que a responsabilidade decorre de um dever não cumprido, havendo falha quanto à fiscalização das obrigações do contratado, obrigação esta legalmente prevista, a consequência lógica é a imputação da responsabilidade pela falha no dever de fiscalizar. Responsabilidade esta extracontratual ou aquiliana¹⁰⁹, uma vez que oriunda de preceito legal e não de disposições de vontade preestabelecidas entre vítima e agressor.

Pelo texto da legislação vigente o dever de fiscalizar específico em relação às obrigações trabalhistas atinentes aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, de forma expressa, somente se impõe para contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra (postos de trabalho); já para os demais contratos administrativos, o dever legal de fiscalizar restringe-se ao objeto entregue.

Esta separação certamente servirá de combustível a calorosos debates.

3.4 Nexo causal entre o dever legal e o dano

Diante de um dever não cumprido, que, por seu descumprimento gerou dano a outrem, imputa-se a responsabilidade de reparação do dano àquele que tinha o dever de agir. Nos termos do artigo 944 do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do dano.

Tartuce¹¹⁰ destaca posicionamento doutrinário com indicação de causas de exclusão de responsabilidade: cláusula de não indenizar (o que restou afastado pelo Supremo nos julgamentos da ADC-16 e no REXT 760.931; culpa ou fato exclusivo da

¹⁰⁹ FRANÇA, R. Limongi. Raízes da Responsabilidade Aquiliana. Associação Brasileira de Letras Jurídicas. *Revista Autores*, nº 1. 1985, p. 60. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista1.asp>. Acesso em: 1º maio 2021.

¹¹⁰ TARTUCE. Flávio. *Responsabilidade Civil*. 20. ed. São Paulo: Gen, 2020. p. 1023.

vítima; culpa ou fato exclusivo de terceiro; caso fortuito e força maior, sendo tais ocorrências, excludentes denexo de causalidade.

Nexo causal é a linha que liga a conduta do agente ao resultado obtido. O Código Penal apresenta a relação de causalidade em seu artigo 13, com a seguinte disposição: o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Cavaliere ressalta que o nexo causal, além de pressuposto para a responsabilidade “tem também a função por função estabelecer o limite da obrigação de indenizar”, e conclui: “só se indeniza o dano que é consequência do ato ilícito”.¹¹¹

Nesse sentido, seria a Administração Pública somente responsável nos casos em que sua ação ou omissão fosse imprescindível à consecução do dano?

No caso de ausência ou atraso no pagamento da empresa contratada por exemplo, tal responsabilidade ficaria evidente. Contudo, na hipótese de um dano moral decorrente de um ato praticado pelo empregador no momento da dispensa do trabalhador qual seria o ato ilícito da Administração? Qual a extensão de tal responsabilidade?

Se a imputação de responsabilidade depende do descumprimento de um dever legal, a extensão da responsabilidade estaria adstrita ao alcance do dever legal. Ou seja, se, uma vez cumprido o dever legal pelo agente (fiscalizar), ainda assim o dano teria ocorrido, logo, poder-se-ia imputar responsabilidade ao agente?

Segundo doutrina já destacada neste trabalho para atribuir responsabilidade à Administração, deve haver nexo causal entre o dano percebido pelo trabalhador terceirizado e o descumprimento do dever de fiscalização.

Também haverá responsabilidade da Administração quando esta deixar de cumprir uma obrigação própria, com impacto direto no dano sofrido pelo trabalhador.

Um exemplo claro de imputação de responsabilidade por descumprimento de um dever legal é o atraso ou a ausência de pagamento ao contratado. Se a Administração Pública atrasa ou deixa de pagar injustificadamente o contratado, eventual atraso de pagamento aos trabalhadores do contratado pode culminar em responsabilidade subsidiária da Administração.

¹¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 57.

Essa conclusão parece ser simples quando estamos diante de uma análise “tudo ou nada”, mas não é essa a realidade fática que diuturnamente visita a jurisdição laboral.

Nos termos do artigo 50 da Lei nº 14.133/21, deve a Administração Pública exigir do contratado que comprove os depósitos realizados nas contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato.

Uma vez cumprida tal obrigação, não ficará o trabalhador sujeito ao inadimplemento por parte de seu empregador, uma vez que a ação fiscalizadora da Administração afastou o possível dano. Conduto, estando os recolhimentos a menor, sem a diligência razoável pela Administração, deve esta responder subsidiariamente pelo pagamento da importância ao trabalhador, já que não foi diligente na fiscalização.

No entanto, o que se dirá de um pedido de danos morais decorrente de tratamento vexatório ocorrido na admissão ou na dispensa do trabalhador, ou, ainda, por ocasião da homologação de sua rescisão, ou por qualquer preposto do empregador fora das dependências do tomador (Administração Pública)?

Como se poderia imputar responsabilidade à Administração por danos morais e materiais decorrentes de um acidente *in itinere*, ou pelo atraso na devolução da carteira de trabalho após a baixa no registro de trabalho?

Não há fiscalização possível de elidir o dano em tais casos!

Desse modo, faz-se necessário traçar o alcance da responsabilidade de acordo com os deveres legais expressamente imputados à Administração, assim como em relação ao nexo de causalidade entre o eventual descumprimento e o dano sofrido pelo empregado.

Uma vez traçado tais pressupostos, o diálogo entre as fontes de direito se mostra imperioso. Não há como ignorar os postulados sedimentados do instituto da responsabilidade, e o princípio da legalidade regente do direito administrativo, assim como não há como negar o princípio protetor do vulnerável trabalhador.

Como vimos, há, sim, reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública por encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, mas

essa responsabilidade é **subjetiva e excepcional**¹¹², e deve estar diretamente relacionada ao alcance de seu dever legal de fiscalizar.

Não havendo que se falar em responsabilidade objetiva, mas sim apenas subjetiva, não há como imputar à Administração um dever geral de indenizar, tal como um segurador universal. Nesse sentido, faz-se necessário uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico como um todo, respeitando os axiomas, as peculiaridades e os princípios de cada disciplina.

3.5 Ônus da prova

Diferente da análise dos limites da responsabilidade que, no momento, se vê em papel coadjuvante na discussão acerca da responsabilidade da Administração Pública, está a discussão do ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de fiscalizar, tendo este ocupado o papel principal após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931 e alcançando “ibope” digno de horário nobre na seara laboral.

O ônus da prova encontra-se atualmente sob análise da Suprema Corte por causa do Recurso Extraordinário nº 1.298.647-SP¹¹³, representativo do Tema nº 1.118 da sistemática da repercussão geral referente ao ônus de prova sobre eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadoras de serviços, para fins de responsabilidade subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE nº 760.931 (Tema nº 246).

O tema nº 1.118 evidencia uma demanda anunciada¹¹⁴, que poderia ter sido evitada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931, que culminou no Tema nº 246. Indiscutível a exaustão e o desgaste a que os ministros se submeteram em relação ao referido julgamento. Discussões profundas, votos detalhados, manifestações intercorrentes e um sem-número de questões práticas levantadas. Contudo, o julgamento foi concluído com uma tese diminuta e cheia de lacunas.

¹¹² Como já destacado neste trabalho, tal excepcionalidade fora trazida pela ADC-16, ratificada pelo REXT 760.931, porém poderá ganhar novos contornos com a previsão da Lei 14.133/21 acerca dos contratos de serviços contínuos com mão de obra de dedicação exclusiva,

¹¹³ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6048634&numeroProcesso=1298647&classeProcesso=RE&numeroTema=1118>. Acesso em: 1º maio 2021.

¹¹⁴ O juízo de Admissibilidade do Recurso Extraordinário, feito pelo TST, aponta que se contam a casa da dezena do milhar o número de processos que versam sobre referido *onus probandi*.

Uma das principais lacunas consiste na atribuição do ônus de prova quanto à demonstração do cumprimento do dever de fiscalização das obrigações do contratado, especialmente em relação aos encargos trabalhistas.

Muitos ingredientes deixam essa discussão bastante apimentada.

A receita começa pela previsão legislativa¹¹⁵, que exclui a responsabilidade da Administração Pública, admitida de forma subjetiva e excepcional pela jurisprudência do Supremo Tribunal, o que impede a atribuição imediata de ônus de prova à Administração. De outro lado, advoga em favor desta a presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos.

No entanto, não se questiona a legalidade e a legitimidade dos atos administrativos, nem tampouco se está a presumir a desídia do agente público quanto à fiscalização.

A defesa¹¹⁶ de atribuição do ônus de prova à Administração fundamenta sua teoria no princípio da aptidão para a prova, ou na teoria da prova diabólica, ou, ainda, na necessidade de inversão do ônus da prova em razão do princípio protetor. Tal raciocínio recebe destaque especialmente nos pronunciamentos da ministra Rosa Weber e pela jurisprudência laboral de modo geral.

Mas a legislação atualmente vigente quanto ao ônus probatório parece atender ao equilíbrio necessário ao processo e, via de regra, em razão de circunstâncias fáticas, caminha no sentido de, em razão de o caso concreto direcionar o ônus da prova ao ente administrativo, sem necessidade de invocação de princípio protetor, ou hipossuficiência, ou, ainda, pelo tão desgastado princípio da dignidade humana.

A demasiadamente simplória redação original do artigo 818 da CLT previa que a prova das alegações cabia a quem as fizesse. Pensado para um processo administrativo de reclamação de verbas trabalhistas, atendeu, em tempos pretéritos, à sua missão, mas há muito a doutrina e jurisprudência trabalhistas¹¹⁷ vinham adotando as disposições do diploma processual comum para as questões de distribuição do ônus de prova.

¹¹⁵ Excluída taxativamente pela Lei nº 8.666/93, sendo ratificada a opção legislativa através da nº Lei 14.133/21, ressalvando apenas as hipóteses de contratação de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra.

¹¹⁶ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n.331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 2, p. 271-307, abr./jun. 2011. p. 301.

¹¹⁷ CESÁRIO, João Humberto. *Provas e Recursos no processo do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2010. p. 44.

Contudo, a reforma trabalhista consubstanciada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017¹¹⁸, trouxe significativa alteração quanto ao ônus probatório no processo do trabalho, em observância às alterações providas pelo artigo 373 do CPC.

Tais previsões legislativas traduzem a importância de uma análise dinâmica do ônus probatório no caso concreto, especialmente atento à essência instrumental do processo.

Destacam-se dos referidos dispositivos a necessidade de análise do caso concreto e o grau de dificuldade de cumprir o encargo ou maior facilidade de obtenção da prova por uma parte ou outra, atribuindo ao magistrado a possibilidade de atribuir o ônus a uma ou a outra, desde que respeitado o devido processo legal, sem surpresas, e desde que o encargo não se torne impossível ou excessivamente difícil a parte.

O processo é um instrumento estatal utilizado para resolução de conflitos, devendo almejar a solução justa pautada pela realidade fática¹¹⁹.

A clássica doutrina aponta o processo como “indispensável à função jurisdicional exercida com vistas a eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei”¹²⁰.

A nova Lei de Licitações tem muito a corroborar com a atual discussão do ônus de prova, isso porque o referido diploma legal elenca diversas formas de a Administração cumprir seu dever de fiscalização, especialmente relacionadas aos encargos trabalhistas.

Uma vez delimitado o dever da Administração, com a estipulação dos documentos e das posturas a serem adotados para o cumprimento do dever de

¹¹⁸ CLT – Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

¹¹⁹ CESÁRIO, João Humberto. *Provas e Recursos no processo do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2010. p. 19.

¹²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

fiscalização do contratado, terá a Administração maior facilidade para obtenção da prova, sendo tal encargo de maior dificuldade ao reclamante.

Dessa forma, a demonstração do cumprimento de seu dever, objetiva e taxativamente traçada não representa maior encargo à Administração.

O parágrafo segundo do artigo 121 da Lei nº 14.133/21 prevê expressamente a responsabilidade subsidiária da Administração, assim como prevê as formas de fiscalização (artigo 50).

Nesse sentido, para a Administração afastar a alegada responsabilidade subsidiária deverá demonstrar em juízo o cumprimento de seu dever legal, cabendo à parte contrária, no caso o reclamante, por sua vez, comprovar eventual falha no exercício da fiscalização.

Retomando o exemplo dos recolhimentos do FGTS, nos termos do inciso III do artigo 50 da Lei nº 14.133/21, cabe à Administração exigir do contratado o comprovante de depósito do FGTS em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato. Uma vez apresentados os comprovantes em juízo, a Administração se desincumbe do seu ônus processual. No entanto, pode o reclamante apontar falsidade dos documentos, contrapondo com extratos pessoais por exemplo, ou recolhimentos a menor, ou parciais, identificando, nesse aspecto, falha na fiscalização, devendo, portanto, a Fazenda responder subsidiariamente por essa rubrica.

A Administração tem o dever de comprovar o cumprimento de seus deveres objetivamente previstos, sendo que qualquer ato ou fato que extrapole seus deveres objetivos deve ser especificamente alegado, comprovado e avaliado, para que possa imputar responsabilidade à Administração.

A discussão ainda segue viva na Corte Suprema, e certamente os ensinamentos da nova Lei de Licitações contribuirá para futuras discussões acerca da responsabilidade da Administração.

Necessária, e urgente, uma mudança cultural na seara laboral com relação à participação da Administração Pública nos processos trabalhistas. Primeiro, esta deve abandonar sua postura meramente figurante nas demandas, com defesas padronizadas, sem qualquer documentação acerca da efetiva fiscalização, assim como se ocupar em fazer uso de seu direito de regresso em relação ao agente causador do dano, quando cabível.

A Administração precisa se ocupar de sua função. Assumir seu papel social e parar de se apoiar em legislações excludentes e desenvolver mecanismos para contratar melhor e dividir responsabilidades.

Aos trabalhadores deve-se garantir mecanismos para exercício de seus direitos, especialmente para garanti-los na vigência do contrato administrativo, noticiando irregularidades e corroborando com eficiência da fiscalização.

A ciência da irregularidade na vigência do contrato administrativo permite a Administração a preservação do interesse público, na medida que possui mecanismos para exigir ou descontar do contratado eventual prejuízo.

A fiscalização deve ser condizente com as peculiaridades do objeto do contrato, conforme trazido pela nova legislação. Os documentos legais, portanto, devem ser apresentados com a defesa.

Para os reclamantes, eventual alegação de falha na fiscalização, ou de atraso de pagamento, ou de má escolha dos contratados, deve ser específica, detalhada e embasada em indícios concretos, e não meramente alegações genéricas “cabíveis” em quaisquer processos.

Aos magistrados, cabe zelar pela equilibrada condução do processo, com respeito a seus postulados, em observância ao Estado de Direito e ao devido processo legal, e atuar em busca da convicção, do convencimento pautado em provas, das circunstâncias fáticas e das responsabilidades processuais, pois, se de um lado tem o trabalhador hipossuficiente, do outro tem o interesse público a ser protegido contra dilapidações sem limites.

A concretização dos valores constitucionais não poderá deixar de considerar os correspondentes resultados práticos de cada caminho traçado a partir de escolhas axiológicas¹²¹.

Há necessidade de proteção ao hipossuficiente e há mecanismos legais para atribuir condenação à Administração sem ferir postulados constitucionais, e assim o fazendo, utilizando dos argumentos concretos, legais, e processuais, iniciará um movimento administrativo, contratual e legal no sentido de equilibrar essa questão tão

¹²¹ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n.16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n.331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 2, p. 271-307, abr./jun. 2011. P 302

importante que é a responsabilização da administração pública pelos encargos trabalhistas dos terceirizados.

Nesse sentido, também movimentará o legislador.

Consideramos que a mudança de postura dos atores sociais se mostra a mais urgente medida a ser adotada nessa gama de dezenas de milhares de processos em trâmite e de tantos outros que ainda estão por vir.

A mínima atenção a consolidados ensinamentos do direito relativos à responsabilidade civil e às regras processuais relativas ao ônus de prova solucionaria grande parte das demandas atinentes à atribuição de responsabilidade subsidiária à Administração Pública.

Utilizar o postulado da dignidade da pessoa humana como “fundamento” a toda e qualquer argumentação protetiva ao trabalhador não se mostra condizente a um Estado democrático de direito e tristemente esvazia axiologicamente o postulado.

Quando tudo é urgente, nada mais é urgente! Quanto tudo é importante, tudo tem o mesmo nível de importância.

O valor social do trabalho é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e a proteção ao trabalhador é um corolário lógico desse fundamento. No entanto, não se pode alcançar proteção integral e absoluta a qualquer custo. Nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos.

O custo de um país está diretamente ligado a segurança jurídica que nele se verifica. Quanto menor a segurança jurídica, maior o custo do país, e mais lento e restrito o seu desenvolvimento. Consequentemente, haverá menos postos de trabalhos, ou haverá postos de trabalhos precários, com menor contraprestação pelos serviços prestados e maior precarização do trabalhador.

O ordenamento jurídico é dividido em disciplinas por uma questão didática. Cada ramo autônomo do Direito possui princípios próprios que justificam sua autonomia (didática), mas todos são parte de um todo completamente interligado. Uma peça movida no Direito administrativo gerará consequências na economia. Uma peça movida no Direito tributário alcançará as relações de trabalho, e assim por diante, e todas elas refletirão no caminhar de um país.

Fechar os olhos ao que acontece para além de sua própria bolha, ignorando os inevitáveis reflexos nos demais campos sociais significa agir com ineficácia e remar na contramão do desenvolvimento social.

4 CONCLUSÃO

Como vimos, a Administração Pública Direta está sujeita ao princípio da legalidade estrita, o que inclui a observância de um rigoroso processo para contratação de produtos e serviços, não podendo escolher aleatoriamente seus pretendentes, nem tampouco prever exigências discriminatórias ou cerceadoras em seus editais de contratação.

Assim, tanto a Administração quanto os interessados em contratar com ela se submetem aos dispositivos legais aplicáveis aos processos licitatórios. Entre esses dispositivos, encontram-se diretrizes vinculativas expressas por meio de regras e princípios, tais como o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, em que são fixadas todas as condições de contratação, a descrição do objeto, as obrigações de contratante e contratada, entre outras disposições.

Outro princípio que rege tais contratações é o julgamento objetivo, que impede a subjetividade pela Administração Pública. Uma vez atendidos os requisitos previamente fixados em edital, o licitante é contratado. Uma vez entregue o objeto contratado, se faz o ateste e o correspondente pagamento.

Assim, seguidas as disposições legais e editalícias, não se vislumbra maiores discussões quanto à culpa *in eligendo* pela Administração; esta é, pois, a razão de a análise dessa modalidade de culpa não fez parte deste estudo.

Como visto, a personagem principal da responsabilidade da Administração é seu poder/dever de fiscalização no curso da execução contratual. Ocorre que essa função igualmente deve respeitar os princípios acima mencionados.

De outra banda, as conquistas sociais historicamente conquistadas estão diretamente relacionadas à maior qualidade de vida e desenvolvimento social de um país.

O valor social do trabalho e a livre iniciativa encontram-se topograficamente no mesmo patamar constitucional e juntos integram os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Nesse aspecto, se faz imperioso que se efetive um diálogo das fontes não apenas para responsabilização da Administração, mas também para lhe assegurar meios eficientes e viáveis de exercício de seu poder/dever, assegurando a devida proteção aos direitos dos trabalhadores assim como a proteção ao patrimônio público como direito difuso.

A descentralização é tida como regra na Administração Pública desde o Decreto-Lei nº 200/67, e vem se operacionalizando através da terceirização mediante a contratação por processos licitatórios.

É comum encontrarmos na doutrina, especialmente de formação laboral, diversos ataques ao fenômeno da terceirização, a qual, em sua origem, era vista como uma forma “espúria de exploração de mão de obra”¹²², mesmo diante da inevitável prática global da terceirização como forma válida e eficaz de contratação.

Há quem defenda a incompatibilidade da própria terceirização do trabalho humano com a Constituição vigente, entendendo-a como prática mercadológica que contraria as diretrizes constitucionais de valorização do trabalho e da dignidade do trabalhador¹²³.

A contraposição entre capital e trabalho, como verdadeiros adversários, é bandeira comumente erguida na seara laboral¹²⁴, no entanto, em verdade, deveriam ser colocados como aliados para o desenvolvimento econômico e social de determinado local.

Assim, o fenômeno da terceirização, reconhecidamente aceito por nossa sociedade (economia e mercado), e por nossas instituições democráticas, (Decreto-Lei nº 200/69, Lei nº 13.429/17; ADIs nº 5685, nº 5686, nº 5687, nº 5695 e 5735), muitas vezes é visto (ainda que subliminarmente) pela seara laboral como sinônimo de precarização do trabalho e de exploração de mão de obra, o que contamina a análise jurídica das demandas, impondo um olhar pejorativo a todo tomador de serviços e um papel de segurador universal ao Estado.

Sob esse olhar tendenciosamente negativo, é que se coloca diuturnamente em pauta a análise da responsabilidade subsidiária da Administração Pública em razão de encargos inadimplidos dos terceirizados.

Fechar os olhos para tal fenômeno, ou negar sua aplicação não fará desaparecer.

¹²² GASPAR, Danilo Gonçalves. *A disciplina jurídica da terceirização (de pessoas e de serviços) após a reforma trabalhista*. Reforma Trabalhista e os novos direitos material e processual do trabalho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 231-254.

¹²³ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *A constitucionalização do Direito e a terceirização: a incompatibilidade da admissão da terceirização do trabalho humano à luz da Constituição de 1988*. Direito material e processual do trabalho: III Congresso Latino-americano de Direito Material e Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2016. p. 15-25.

¹²⁴ MAUX, Flávia Marcela Ferrão Xerita. *A (ir)responsabilidade da administração pública perante a terceirização e o Projeto de Lei 4330/2004, um retrocesso social*. Direito do Trabalho: elementos práticos e científicos. São Paulo: Ltr, 2015. p. 65-76.

A legislação vigente acolheu não apenas o instituto da terceirização como também afastou a responsabilização automática da Administração Pública em caso de inadimplência pelo contratado em regulares processo de licitação pública.

Nesse sentido, deve a comunidade jurídica se debruçar em aprimorar o regramento sobre o instituto que já se enraizou não apenas em nosso país, mas em todo mundo, desenvolver maiores mecanismos de controle e punição às fraudes, estabelecer garantias efetivas aos trabalhadores, impor obrigações objetivas aos tomadores e fiscalização pelo poder público.

Em atenção à demanda valorativa da sociedade, a legislação atual, acerca das contratações pela administração pública traz cirúrgica distinção entre os diferentes tipos de contratação de serviços em razão da responsabilidade a ser atribuída à Administração e da amplitude do seu dever de fiscalização.

Nesse sentido, a legislação busca atender a necessidade de proteção em caso de contratação de mão de obra pura e simples, diferentemente da contratação de serviço específico, onde a fiscalização deve ser realizada de forma diversa, cada qual com sua particularidade, sendo a responsabilização igualmente diferenciada.

A nova Lei de Licitações traz um novo rumo para a relação entre o Direito do Trabalho e o Direito Administrativo no que tange à responsabilidade subsidiária da Administração Pública Direta, sendo imprescindível um diálogo entre a Justiça Laboral e o Administrador, em busca de uma convergência de posturas atenta à proteção do interesse público e da força de trabalho.

Ao judiciário, a seu turno, é atribuído o poder de interpretar a lei, não de criá-la ou alterá-la (embora o seja admitido de forma excepcional), e, principalmente, o poder de exigir o seu cumprimento, sob pena de retornarmos ao Estado absolutista.

Afirmo-o e me parece que só escrevi este livro para prová-lo: o espírito de moderação deve ser o do legislador; o bem político, bem como o bem moral, sempre se acha entre dois limites¹²⁵.

Na transcrição acima, o Barão de Montesquieu identifica com muita clareza a necessidade de manutenção do equilíbrio entre o que deseja o Estado e o que deseja a sociedade. Ao pesar a mão para um lado ou para outro, haverá desequilíbrio, podendo este, a depender de sua medida, aniquilar um Estado, ou oprimir um povo.

¹²⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, (1689-1755). *L'esprit des lois*. Tradução de Roberto Leal Ferreira (*Do Espírito das Leis*). São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 741.

Nosso ordenamento jurídico entregou ao Poder Legislativo a caneta do equilíbrio, devendo este elaborar o ordenamento jurídico de um Estado sopesando e equilibrando o desejado, o possível e o necessário. Deve a sociedade exigir tal atuação.

Nesse sentido, uma vez legitimamente exercido o poder legiferante, resta aos demais poderes o exercício do controle de regularidade, formal e material, da produção legislativa, assim como sua observância no caso concreto.

Tal reflexão não importa na imutabilidade da legislação positivada, mas em garantia de um mínimo de estabilização da democracia e em garantia de um mínimo de segurança jurídica atinentes ao Estado de direito.

O julgamento balizado por padrões morais subjetivistas e pessoais afastam a segurança jurídica, e sem esta não há que se falar em desenvolvimento. Direito não se confunde com a moral. Esta, por vezes, corrige o Direito, mas não se pode permitir que ela, *per si*, o altere.

Quando o julgamento deixa de se fundar no Direito e passa a se balizar por ideologias, a decisão certamente será subjetivista, discricionária e contrária à segurança jurídica.

De que adianta a cega defesa de um cenário desejado, defendido, mas impraticável? Quando a teoria evolui em sentido oposto à realidade, esta passa a ignorá-la. O Direito não deve excluir ou se sobrepor a outras ciências (tal como a economia, sociologia entre outras), mas, sim, abraçá-las e com elas dialogar.

Assim também se mostra necessário o diálogo do direito laboral e administrativo com as normativas relativas à responsabilidade civil, com o vasto estudo existente a seu respeito. A contratação de serviços pela Administração Pública, seus requisitos e suas limitações trazidos pelo Direito administrativo devem dialogar com suas exigências e responsabilidades, cujos reflexos serão observados na esfera laboral.

O poder legiferante com a nova lei de licitações novamente ratifica a normativa excludente quanto à responsabilização da Administração em contratos outros de licitação, prevendo a responsabilização subsidiária para casos de contratação de postos de serviços (regime de dedicação exclusiva de mão de obra).

Contudo há jurisprudência pacífica no STF acerca da responsabilidade da Administração de forma subjetiva e excepcional, um avanço jurídico que não pode ser desconsiderado, sob pena de retrocesso social.

Assim, se conclui que sob a luz da legislação vigente, é inequívoca a responsabilização subsidiária da Administração Pública Direta pelos encargos trabalhistas dos empregados terceirizados contratados **para postos de trabalho**, devendo a Administração Pública exercer a ampla e efetiva fiscalização, dentro dos parâmetros legais a ela atribuídos, e, por consequência, ser responsabilizada nos limites de sua atuação.

Qualquer outra responsabilização não resta elidida pelo ordenamento jurídico, mas, sim, deve receber o tratamento devido, ou seja, de forma excepcional, e como tal deve ser tratada pelos demais ramos jurídicos.

A responsabilização deve atender às regras processuais e às matérias pertinentes, assim como deve respeitar o sopesamento entre as prerrogativas e as obrigações. Culpa, nexo causal e dano têm regramento e disciplina consolidados em nosso ordenamento jurídico, cabendo, talvez, à Suprema Corte apenas a sinalização de que tais regramentos devem ser observados.

Quanto a aplicação da legislação vigente os agentes das instituições democráticas devem exercer com responsabilidade cada qual o seu papel.

Juízes não são, diretamente, agentes de transformação da realidade. Juízes são protetores do direito, podendo agir, inclusive, de forma contra majoritária para tanto. Juízes asseguram as regras do jogo e a estabilidade democrática, para assim possibilitar que a transformação da realidade opere nas instâncias adequadas¹²⁶.

Nesse sistema de pesos e contrapesos, o direito positivo representa a legitimidade democrática e deve observar as transformações sociais e a elas atender. O julgador, igualmente, deve atender à sociedade, sem ignorar os limites trazidos pelo poder legiferante. Ao executivo, cabe o cumprimento do ordenamento e a diretriz do desenvolvimento social pátrio. A todos eles, a harmonia.

Para avançarmos no sentido da justiça social e segurança jurídica se faz necessário que ocorra um diálogo mais integrativo entre o direito administrativo, cível e laboral no que tange a responsabilidade da administração pública pelos encargos trabalhistas inadimplemento pelo contratado.

Nesse sentido a nova lei de licitações, as teorias e diplomas legais pertinentes a responsabilidade civil e os princípios e direitos laborais precisam dialogar.

¹²⁶ ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos Tribunais on-line*. Thomson Reuters. vol. 1008/2019 | Out. 2019 DTR\2019\40623. Disponível em: https://www.academia.edu/40298431/ATIVISMO_JUDICIAL_NOTAS_INTRODUTORIAS_A_UMA_POLE_MICA_CONTEMPORANEA. Acesso em: 7 jun. 2021.

Outra importante reflexão que deve surgir desse diálogo é quanto ao limite da responsabilidade da Administração, hoje ilimitada. Necessário ponderar que eventual falha comprovada na fiscalização por parte da Administração Pública deveria ensejar a responsabilidade **apenas quanto às obrigações possíveis de serem fiscalizadas**. Não há como, pois, se atribuir culpa por omissão de algo que não poderia ser feito.

Como vimos em que pese seja sim possível a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública Direta pelos encargos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados, seus contornos ainda respondem por calorosas discussões, as quais ainda estão longe do fim.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos Tribunais on-line*. Thomson Reuters. vol. 1008/2019 | Out. 2019 DTR\2019\40623. Disponível em: https://www.academia.edu/40298431/ATIVISMO_JUDICIAL_NOTAS_INTRODUTORIAS_A_UMA_POLE_MICA_CONTEMPORANEA. Acesso em: 7 jun. 2021.
- ANDRÉ, Victor Conte. *Introdução ao Estudo da Responsabilidade Civil*. Curitiba, Juruá Editora, 2019.
- BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. *A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização*. Dossiê: Classes Sociais e Transformações no Mundo do Trabalho. DOI: 10.5433/2176-6665.2011. Vol.16. n. 1.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Althas, 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2 ed. Niterói: Impetus, 2008.
- CESÁRIO, João Humberto. *Provas e Recursos No Processo do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2010.
- DECRETO-LEI nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Organização da Administração Federal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.
- DECRETO-LEI nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2021.
- DECRETO-LEI nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.
- DELGADO, Maurício Godinho Delgado. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Ltr, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- TARTUCE. Flávio. *Responsabilidade Civil*. 20. ed. São Paulo: Gen, 2020. p. 1000.
- FRANÇA, R. Limongi. Raízes da Responsabilidade Aquiliana. Associação Brasileira de Letras Jurídicas. *Revista Autores*, nº 1. 1985. p. 60. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista1.asp>. Acesso em: 1º maio 2021.

GASPAR, Danilo Gonçalves. *A disciplina jurídica da terceirização (de pessoas e de serviços) após a reforma trabalhista*. Reforma Trabalhista e os novos direitos material e processual do trabalho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GRINOVER Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUADALUPE, Tatiana Regina Souza Silva. *A presunção negativa de responsabilidade objetiva da administração pública e atenuação do afastamento do princípio protetor em medida probatória*. Revista Ltr, São Paulo, a. 76, t. I, n.6, p 740-744, jun. 2012

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTIÇA DO TRABALHO. Tribunal Regional da 2ª Região. Institucional. Disponível em: <https://ww2.trt2.jus.br/institucional/o-trt-2/quem-somos/>. Acesso em: 28 maio 2021.

LEI FEDERAL nº 6.019, de 6 de janeiro de 1974. Lei do Trabalho Temporário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 2 abr. 2021.

LEI FEDERAL nº 7.102, de 20 de junho 1983. Lei de Serviços de Vigilância e Transporte de Valores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm. Acesso em: 2 abr. 2021.

LEI FEDERAL nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 9 jan. 2021.

LEI FEDERAL nº 13.439, de 31 de março de 2017. Lei da Terceirização. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: 2 abr. 2021.

LEI FEDERAL nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Nova Lei de Licitações Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Aspectos Jurídicos da Terceirização. Síntese Trabalhista. São Paulo. a.6, n.. 68, p. 17-30 fev. 1995.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; GASTI, Paula Corrêa. *A (ir)responsabilidade da administração pública nas terceirizações diante da ADC-16 e da nova redação da Súmula 331 do TST*. Revista dos Tribunais, São Paulo, a.101, n. 917, p. 387-404, mar. 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAEDA, Patrícia. *A Era dos Zero Direitos*. Trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora. São Paulo: LTr, 2017.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva; THOMAZIN, Francini de Castro. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Porto Alegre, a.8, n. 44, p. 5-23, set/out. 2011.

MAUS, Ingeborg. Judiciário Como Superego da Sociedade. O papel da atividade Jurisdicional na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, nov. 2000, p. 183-202. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em: 21 out. 2020.

MAUX, Flávia Marcela Ferrão Xerita. *A (ir)responsabilidade da administração pública perante a terceirização e o Projeto de Lei 4330/2004, um retrocesso social*. Direito do Trabalho: elementos práticos e científicos. São Paulo: Ltr, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: RT. 1988.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, (1689-1755). *L'esprit des lois*. Tradução de Roberto Leal Ferreira (*Do Espírito das Leis*). São Paulo: Martin Claret, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Sergio de. 10 Tópicos mais relevantes do projeto da nova Lei de licitações e Contrato. ONLL Observatório da Nova Lei de Licitações. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/12/18/10-topicos-mais-relevantes-do-projeto-da-nova-lei-de-licitacao-e-contrato/>. Acesso em: 5 mar. 2021.

OLIVEIRA, Rodrigo Lins Silva Candido. Vai Derretendo a Súmula 1 do TSE. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/30125/vai-derretendo-a-sumula-n--1-do-tse>. Acesso em 9 out. 2021

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações da Administração Pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n.16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n.331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 2, p. 271-307, abr./jun. 2011

PROPOSTA de Emenda à Constituição. PEC 3220. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2262083>. Acesso em: 2 abr. 2021.

REIS, Luciano Elias. Terceirização na Administração Pública: breves reflexões críticas. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. Porto Alegre, a. 25, n. 311, p. 15-27, maio 2015

STOCO, Rui. A responsabilidade e a obrigação de indenizar. In: STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. E-book

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 4.253 (substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559 de 213 (Nova Lei de Licitações). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>. Acesso em: 5 mar. 2021.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das Decisões Judiciais*. Coleção Atlas de Processo Civil. Atlas. São Paulo. 2012.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *A constitucionalização do Direito e a terceirização: a incompatibilidade da admissão da terceirização do trabalho humano à luz da Constituição de 1988*. Direito material e processual do trabalho: III Congresso Latino-Americano de Direito Material e Processual do Trabalho. São Paulo.

SÚMULAS do Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 301. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 9 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5685-DF. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344110631&ext=.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Curriculum Vitae*. Ministra Rosa Maria Pires Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao/anexo/CurriculumVitaeMinRosaWeberatualizado.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 760.931. nº Repercussão Geral. Tema nº 246. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Acesso em: 24 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 890-1-DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266581>. Acesso em: 3 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Direta de Constitucionalidade nº 16-DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em: 9 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 1298647. Repercussão Geral. Tema nº 1.118. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6048634&numeroProcesso=1298647&classeProcesso=RE&numeroTema=1118>. Acesso em: 1º maio 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451222&caixaBusca=N>. Acesso em: 7 fev. 2021.

TEPEDINO, Gustavo, TERRA, Aline de Miranda Valverde, GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil. Volume 4 – Responsabilidade Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: GEN. 2021.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Terceirização na Administração Pública*. ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. coord. Vidal Serrano Nunes Jr. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/>. Acesso em: 25.08.2021