



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRUNA GABRIELLE COSTA SOUSA

**A RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO PELO INADIMPLEMENTO DOS
ENCARGOS TRABALHISTAS NA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

FORTALEZA
2020

BRUNA GABRIELLE COSTA SOUSA

A RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO PELO INADIMPLEMENTO DOS
ENCARGOS TRABALHISTAS NA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Beatriz Rego Xavier.

FORTALEZA
2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S696r Sousa, Bruna Gabrielle Costa.
 A RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO PELO INADIMPLEMENTO DOS ENCARGOS
 TRABALHISTAS NA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA / Bruna Gabrielle Costa
 Sousa. – 2020.
 66 f.

 Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
 Curso de Direito, Fortaleza, 2020.
 Orientação: Profa. Dra. Beatriz Rego Xavier.

 1. Terceirização. 2. Responsabilidade da Administração Pública. 3. Encargos Trabalhistas Inadimplidos. I.
 Título.

CDD 340

BRUNA GABRIELLE COSTA SOUSA

A RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO PELO INADIMPLEMENTO DOS
ENCARGOS TRABALHISTAS NA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Beatriz Rego Xavier.(Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Ma. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Ma. Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus e minha mãe Maria.

À minha família.

AGRADECIMENTOS

A Deus, a quem devo a vida, a superação das dificuldades pessoais durante a graduação, a todas as oportunidades de crescimento acadêmico e profissional. Em especial, agradeço à minha mãe, Maria, por interceder pelo meu ingresso no curso de Direito.

Aos meus pais, Francisco de Assis Santos Sousa e Antonia Francinete Costa Silva, pelo amor, apoio e esforço diário em proporcionar as melhores condições de estudo ao longo de toda formação educacional, mesmo em meio a todas as dificuldades. Em especial à minha mãe, pela incansável intercessão por minha vida.

À minha irmã Bianca Stephanie, pela força da alegria, companhia e torcida no decorrer das rotinas de estudos e empenho na conclusão deste trabalho.

Aos meus familiares, que mesmo distante do convívio, torcem pela minha realização profissional, principalmente a minha eterna avó Maria Helena, que sempre acreditou em mim.

À professora Beatriz Rego Xavier, a quem devo gratidão pela paciência e compreensão na realização deste trabalho monográfico e pela orientação ao longo do estágio supervisionado no Núcleo de Prática Jurídica da FADIR-UFC.

Às professoras Fernanda Cláudia Araújo da Silva e Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa, que gentilmente aceitaram o convite de compor minha banca de defesa e pela dedicação à atividade docente da Faculdade de Direito.

Aos amigos que construí durante graduação, em especial Graciele Palácio, Fernando Paes e o João Paulo Maciel (irmão de caminhada) pela preciosa amizade, pelo exemplo de dedicação e por compartilharem os momentos de angústia e de alegria na rotina acadêmica e pessoal.

Aos amigos do setor de transporte da Perícia Forense do Estado Ceará, João Luis, Luan Belchior e Marcos Piccolo, pelo apoio, compreensão e estímulo profissional diários.

Aos colegas da 2º Vara do Trabalho de Caucaia, DECON e Ministério Público do Trabalho, onde obtive a inspiração para o tema da monografia, que tanto agregaram conhecimento jurídico e profissional ao longo dos períodos de estágio.

Por fim, à Universidade Federal do Ceará pelas oportunidades acadêmicas como estudante do curso de Direito e como bolsista durante dois anos na Coordenadoria de Programas Acadêmicos – CGPA, orientada pelo professor e amigo André Jalles, que tanto contribuiu para meu crescimento universitário; e pelas assistências médica, odontológica e psicológica.

“E a paz de Deus, que excede todo entendimento, guardará vossos corações e vossos pensamentos em Cristo Jesus.”
Filipenses 4:7

RESUMO

Objetiva-se analisar a imputação da responsabilidade da administração pública, enquanto tomadora de serviços, quando ocorre o inadimplemento dos encargos trabalhistas nos contratos de terceirização. Expõe-se de início um panorama acerca do instituto da terceirização trabalhista, fundamentando-se na consulta bibliográfica da doutrina especializada. Posteriormente, retrata-se a evolução dessa relação triangular de trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do exame da legislação correlata com as inovações promovidas pela reforma trabalhista. Aprofunda-se ainda o estudo normativo e jurisprudencial específico da conformação da responsabilização subsidiária do ente público, sobretudo após as alterações da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal. Ato contínuo, ante o esvaziamento prático deixado pelo ADC 16/DF quanto à questão do ônus probatório e às balizas para apreciação da prova pelo julgador e a existência de decisões judiciais conflitantes quanto à atribuição responsabilidade patrimonial pelos encargos não adimplidos pela empresa prestadora de serviços, quando a parte tomadora era o Poder Público, o Supremo foi novamente instado a se manifestar. Realiza-se então o estudo do atual entendimento da matéria, proferido no Recurso Extraordinário nº 760.931/DF, o qual fixou a tese 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”. Por fim, mediante pesquisa de decisões judiciais nas turmas dos TST e dos Tribunais Regionais do Trabalho, após a repercussão geral reconhecida no RE 760.931/DF, verificou-se a permanência do cenário de insegurança jurídica devido a não fixação de um posicionamento uniforme quanto ao ônus da prova e as balizas do dever de fiscalização da administração pública, bem como de fragilidade dos direitos sociais do trabalhador sob a ótica das premissas constitucionais.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Responsabilidade Civil. Encargos Trabalhistas Inadimplidos.

ABSTRACT

The objective is to analyze the attribution of the responsibility of the state, as a service contractor, when there is a default of labor charges in outsourcing contracts. At first, an overview of the institute of labor outsourcing is exposed, based on the bibliographic inquiry of specialized doctrine. Then, the evolution of this triangular relationship of labor in the Brazilian legal order is depicted, through the examination of the law related to the innovations promoted by the labor reform. The specific normative and jurisprudential study of the conformation of subsidiary liability of the public entity is also deepened, especially after the amendments to Precedent N° 331 of the Superior Labor Court, with the judgment of the Constitutionality Declaration N° 16 by the Supreme Federal Court. Therefore, in view of the practical emptying left by ADC 16 / DF regarding the question of the probative burden and the edge for the assessment of the evidence by the judge and the existence of conflicting judicial decisions regarding the attribution of patrimonial responsibility for charges not fulfilled by the service provider company, when the service contractor was the government, the Supreme Court was again urged to manifest itself. Then, the study of the current understanding of the subject, pronounced in constitutional appeal N° 760,931 / DF, is carried out, which established the thesis that “the default of the labor charges of the employees of the contractor does not automatically transfer the responsibility for the governmental entity contractor, either in solidarity or in a subsidiary liability, according to art. 71, § 1º, of Law N°8.666 / 93”. Lastly, through research of court decisions in the Superior Labor Court and Regional Labor Courts, after the paradigmatic case acknowledged in RE 760.931 7 DF, the scenery of legal insecurity was verified due to the non-determination of a uniform position about the burden of proof and the edge of the state’s oversight duty, as well as the fragility of workers' social rights from the perspective of constitutional premises.

Keywords: Outsourcing. Public Management. Civil Responsibility. Defaulted labour charges.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO.....	11
2 O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO.....	13
2.1 Repertório Histórico.....	13
2.2 A Terceirização no Brasil.....	15
2.3 Conceituação.....	20
2.4 Terceirização na reforma trabalhista.....	22
3 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	31
3.1 Análise legal e jurisprudencial da terceirização na administração pública.....	31
VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.....	34
<i>Súmula nº 363 do TST.....</i>	34
3.2 Responsabilidade civil do Estado.....	35
3.2.1 Irresponsabilidade do Estado.....	35
3.2.2 Responsabilidade Subjetiva.....	36
3.2.3 Responsabilidade Objetiva.....	36
3.2.3.1 <i>Teoria da Culpa Administrativa.....</i>	37
3.2.3.2 <i>Teoria do Risco.....</i>	38
3.3 Responsabilidade da Administração Pública nos contratos de terceirização.....	41
4 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO NA TERCEIRIZAÇÃO APÓS O ENTENDIMENTO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 760.931.....	45
4.1 Análise do Recurso Extraordinário Nº 760.931/DF.....	46
4.1.1 Breve Exame do Voto Vencido.....	51
4.1.2 Posicionamento Vencedor.....	54

4.2 Reflexos da Decisão do RE 760.931 na Jurisprudência Trabalhista.....	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64

1- INTRODUÇÃO

Diante da correlação entre capital e trabalho, os paradigmas dos modelos de relações trabalhistas foram afetados ao longo do tempo com vistas a conforma-se à dinâmica produtiva vigente. Sobretudo após ascensão da globalização, houve uma reestruturação do sistema capitalista, influenciada pela implementação do padrão *toyotista* de produção, no contexto da III Revolução Industrial, com a adoção de estratégias para redução de custos, flexibilização organizacional e aumento da competitividade com o ganho de eficiência na diminuição de gestão das etapas dos processos produtivos.

Nesse cenário, o fenômeno da terceirização despontou como técnica de gerenciamento empresarial de contratação de mão de obra, sob o ponto de vista econômico, a priori apta a alavancar os ganhos de produtividade visados pela tendência de desverticalização e liberalização dos mercados. Já sob a perspectiva jurídica do Direito do Trabalho, essa nova organização trilateral de trabalho desafiou a tradicional conformação bilateral das relações de emprego, conduzindo por vezes à precarização das condições de trabalho e impactando a manutenção dos direitos individuais e sociais dos trabalhadores.

No contexto brasileiro, em que pese a notória expansão da terceirização em diversos segmentos privados, durante anos constatou-se a ausência de regulamentação desse regime de emprego no diploma celetista ou em uma legislação específica, havendo expressões na Lei Nº 6.019/1974, que regula o Trabalho Temporário e na Lei Nº 7.102, de 20 de junho de 1983, restrita ao âmbito de atuação das empresas prestadoras de serviço de vigilância patrimonial, cabendo destacar o importante papel balizador da jurisprudência trabalhista em adequar as hipóteses de terceirização fora dos permissivos legais. Todavia, com a reforma trabalhista, institui-se regras sobre a terceirização trabalhista por intermédio das Leis Nº 13.429, de 13 de março de 2017, e da Lei Nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

Outrossim, ante a conjuntura de desburocratização do modelo estatal brasileiro, visualizou-se na seara pública uma crescente adesão à descentralização administrativa, com a transferência de tarefas auxiliares da administração pública para a iniciativa privada, por meio dos contratos de terceirização. No âmbito do Poder Público, a regência dos limites da terceirização deriva principalmente da atividade judiciária expressa nas Orientações Jurisprudências e Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho e nas decisões do Supremo Tribunal Federal, como se verá adiante.

Pautadas essas considerações, o presente trabalho propõe-se a estudar a atribuição da responsabilidade da administração pública contratante pelos encargos trabalhistas dos empregados terceirizados, quando não adimplidos pela empresa prestadora de serviços, possuindo como substrato a tese fixada em sede de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 760.931/DF. A relevância da abordagem justifica-se devido à quantidade de ações versando sobre essa temática que é parte do Direito do Trabalho, ressaltando-se a insegurança jurídica quanto à garantia dos direitos dos trabalhadores terceirizados em face da não uniformização de questões como a distribuição do ônus probatório e as balizas da fiscalização para fins de aferição da responsabilidade.

Para fornecer os embasamentos teóricos necessários, utilizou-se a pesquisa bibliográfica da literatura jurídica e de outras áreas do conhecimento e da legislação correlata. Ademais, empregou-se a consulta jurisprudencial para perquirir a evolução da aplicação dos contornos da responsabilidade subsidiária até o atual posicionamento do STF.

No primeiro capítulo, para elucidar o tema da terceirização trabalhista, apresenta-se um panorama geral sobre o instituto, os efeitos jurídicos e os principais instrumentos normativos, com destaque para a construção jurisprudencial da Súmula Nº 331 do TST e para alterações implementadas pela reforma trabalhista.

Já no segundo capítulo, aprofunda-se a temática da terceirização na administração pública, reafirmando-se o papel balizador da justiça trabalhista nos enunciados dos itens II, V e VI e da Súmula Nº 331 do TST, e analisando a regência normativa do Decreto-Lei 200/1967 e a redação do artigo 37, caput, II e §2º da Constituição Federal. Ainda nesse tópico, perquire-se o instituto da responsabilidade civil na esfera pública, por meio da evolução doutrinária das teorias acerca da responsabilização do Estado, e da adequação da jurisprudência trabalhista ao posicionamento do STF na Ação Direta de Constitucionalidade Nº 16/STF, objeto de diversas controvérsias, a fim de compreender a imposição de responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações cabidas às empresas prestadoras de serviço.

Por fim, no último capítulo, dá-se enfoque ao exame do entendimento esposado no julgamento do Recurso Extraordinário Nº 760.931/DF acerca da responsabilidade civil do Poder Público nos contratos de terceirização. Busca-se investigar os reflexos dessa decisão na jurisprudência trabalhista, por meio do levantamento de julgados do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho.

2 O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

O mundo do trabalho, sob o espectro de uma sociedade capitalista, apresenta constantes mudanças com o intuito de acompanhar a dinâmica produtiva. Nesse sentido, o estudo do fenômeno da terceirização, à luz do Direito do Trabalho, faz-se necessário diante de sua visível extensão tanto no setor privado quanto na seara da administração pública e de seus impactos nas organizações do trabalho.

Para compreender os impactos ocasionados pela terceirização na economia, nas relações jurídicas e na sociedade atual, analisa-se a origem e o desenvolvimento desse instituto jurídico. Nesse ínterim, realiza-se um breve estudo de sua repercussão no cenário global e conformação no Brasil, com os respectivos marcos doutrinários, legais e jurisprudenciais que lhes deram sustentáculo.

2.1 Repertório Histórico

Sua gênese remonta à Segunda Guerra Mundial, período em que “as empresas produtoras de armas estavam sobrecarregadas com a demanda. Verificaram que poderiam delegar serviços a terceiros, contratados para dar suporte ao aumento de produção de armas”.¹

Assim, para alcançar uma produção que acompanhasse a dinâmica da guerra, a necessidade de redução de custos em razão da crise econômica e o desemprego, a indústria armamentista americana necessitou transferir a fabricação de armas a uma terceira empresa.

Já a conformação da terceirização guarda relação com o progresso do sistema capitalista, em um contexto de redução de custos, aumento de produtividade, horizontalização ou desverticalização da atividade econômica, especialmente após a globalização, cabendo pontuar um breve apanhado temporal.

Os processos produtivos denominados de fordismo e taylorismo prevaleceram nos países desenvolvidos ao longo do século XX até os anos de 1970. Pautados no controle de tempo e rendimento, produção em série, racionalização da produção, divisão do trabalho e integração vertical entre as empresas, estes contribuíram significativamente para as alterações no modo de produção industrial americano e europeu e nas relações de trabalho, visto que as “grandes massas de trabalhadores vinculados a funções pouco especializadas, que se

1 MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.2.

conectavam pela esteira rolante da linha de produção, permitindo o incessante incremento da produtividade do trabalho e da geração massiva de mercadorias”.²

Esse binômio produtivo elevou a produtividade, mormente da indústria automobilística, mas representou uma intensificação da exploração da classe trabalhadora, pois, embora tenha propiciado “pela forma de organização do trabalho, o aumento do número de trabalhadores em torno do processo produtivo, desconsiderava a qualidade do homem-trabalhador como sujeito da produção”.³

Porém, a configuração foi alterada pela crise do capital, a partir da década de 1970, e do Estado Social de Direito, de ascensão da ideologia do neoliberalismo, provocando “a reestruturação do sistema capitalista e o predomínio da circulação do capital financeiro e dos investimentos especulativo (moedas, divisas, ações etc.) conectado ao fenômeno da globalização ou mundialização do capital”.⁴

Sob a perspectiva neoliberal, em um contexto de pós- 2º Guerra Mundial e de desenvolvimento da Terceira Revolução Industrial e concorrência internacional, o modelo toyotista, pautado na comercialização de acordo com as diversas demandas, *just in time*, ganha destaque como modelo de gestão diante da rentabilidade da produção enxuta, com a adoção por vezes da subcontratação de empresas, concentrando na atividade essencial e abandonando a verticalização.

Gabriela Neves aloca a terceirização como técnica derivada do toyotismo:

Para que as empresas focalizassem a produção à satisfação das necessidades específicas do mercado, foi desenvolvida e associada ao toyotismo a técnica da terceirização trabalhista, fenômeno de gerência de empresas e de contração de mão de obra que ganhou prestígio acentuado a partir de fins do século XX. A redução de custos e a ânsia em aumentar a competitividade no mercado global provocaram além da horizontalização da produção (cujas maior ênfase é o fenômeno da terceirização), o implemento de novas tecnologias de gerenciamento, com destaque para o extremado do controle interno da produção.⁵

Visualiza-se, assim, uma nova fase de conformação do capitalismo, marcada pela inovação tecnológica, sobretudo nas searas da automação telecomunicação, robótica e informática, que possibilitaram a expansão das relações econômicas para além das fronteiras das nações envolvidas, corroborando para novas formas das empresas e do labor. Emerge, portanto a globalização. O advento dessas transformações também ocasionou impactos nas

2 DELGADO, Mauricio Goldinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: Ltr, 2006, p.46.

3 DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: Ltr, 2006, p.161.

4 *Ibid.*, p.164.

5 *Ibid.*, p.179.

relações de trabalho, as quais foram modificadas diante de uma organização produtiva mais flexível, em razão do padrão de internacionalização do mercado e competitividade.

Sob essa ótica, a terceirização surge como uma alternativa vantajosa, conforme pontua Biavaschi e Santos, “a busca pela redução de custos em contexto de enfraquecimento da posição dos trabalhadores foi compatível com mudanças nos processos de contratação, uso e remuneração da força de trabalho.”⁶

Consequentemente, inaugura-se um cenário de flexibilização das condições de trabalho, que englobam “um conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre capital e trabalho.”⁷ Nessa perspectiva normativa, “trata-se da diminuição da imperatividade das normas justralhistas ou da amplitude de seus efeitos, em conformidade com a autorização fixada por norma heterônoma estatal ou por norma coletiva negociada.”⁸

Convém apontar a conceituação e distinção feita pelo ministro Mauricio Godinho Delgado entre a terceirização trabalhista e terceirização empresarial, em que a:

Terceirização trabalhista (ora examinada) diz respeito ao mencionado processo de dissociação do vínculo socioeconômico de prestação de laborativa em detrimento do respectivo vínculo jurídico trabalhista, o qual se ata com a empresa chamada prestadora de serviços. Pela terceirização trabalhista, o efetivo tomador de serviços deixa de ser, por meio da ladina fórmula jurídica-administrativa, real empregador do obreiro. Já a denominada terceirização empresarial é processo distinto, de simples descentralização empresarial, em favor de outra empresa, a qual preserva planta empresarial própria e empregados próprios (processo que melhor se designa por subcontratação empresarial).⁹

Ante as novas formas de organização do processo de trabalho, resultante das modificações tecnológicas provocadas na estruturação das empresas, a terceirização trabalhista evidencia-se prática vantajosa, adotada em vários tipos de empreendimentos.

2.2 A Terceirização no Brasil

6 BIAVASCHI, Magda Barros; SANTOS, Anselmo Luis dos. A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da súmula nº 331 do TST. **Rev. TST**, Brasília, vol. 80, nº3, jul/set 2014. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/71081/001_santos_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01 fev.2020.

7 MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2004, p.25.

8 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTR, 2017.p.67.

9 DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006, p.43.

Já no âmbito nacional, a terceirização remonta à segunda metade do século XX, em que, de acordo com Martins:

No Brasil, a ideia de terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio. A indústria automobilística é exemplo de terceirização, ao contratar serviços de terceiros para produção de componentes do automóvel, reunindo peças fabricadas por aqueles e procedendo à montagem final do veículo. As empresas que têm por atividade a limpeza e conservação também são consideradas pioneiras na terceirização no Brasil, pois existem desde aproximadamente 1967.¹⁰

Segundo Pochmann, essa relação triangular de trabalho “ganhou importância desde a década de 1990, coincidindo com o movimento de abertura comercial e de desregulamentação dos contratos de trabalho.”¹¹ Em um cenário de reformulação da indústria automobilística, baixa geração de emprego, flexibilização e competitividade, a terceirização apresentou uma solução rentável para empresas devido a contratações com reduzido custo, diante de uma economia globalizada.

Em razão de o modelo de contratação triangulada ser relativamente novo na dinâmica brasileira e de não ter impactado socioeconomicamente quando da elaboração do diploma trabalhista, não se encontra sua regulamentação na CLT. Contudo, constata-se, na legislação heterônoma, uma primeira alteração na natureza linear e bilateral do contrato de trabalho, ao regular, no setor privado, o trabalho temporário, por intermédio da Lei Nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Em 31 de março de 2017 foi publicada a Lei Nº 13.429, a qual alterou o referido diploma legal e determinou outras providências, bem como dispôs sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

A seguir, com a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, regulamentou-se o trabalho permanente de vigilância bancária, inicialmente restrita a esse segmento econômico. Posteriormente, com as alterações propiciadas pela Lei nº 8.863, de 28 de março de 1994, amplia-se o âmbito de atuação das empresas prestadoras desse serviço, considerando como modalidade de terceirização, de acordo com o art. 1º da referida lei, a vigilância patrimonial de instituições financeiras e de estabelecimentos públicos ou privados, segurança de pessoas físicas e realização do transporte de valores ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga. A Súmula 257 do TST corrobora para essa possibilidade de contratação de terceiros:

10 MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.2.

11 POCHMAN, Marcio. Terceirização desregulada e seus efeitos no mercado de trabalho no Brasil. **Rev. TST**, Brasília, vol. 80, nº3, jul/set 2014.

Súmula nº 257 do TST

VIGILANTE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário.

Histórico: Redação original - Res. 5/1986, DJ 31.10.1986, 03 e 04.11.1986¹²

Apesar da normatização prevista nas supramencionadas leis, houve no âmbito privado uma expansão do trabalho terceirizado permanente, independente de texto legal, sobretudo nos últimos 30 anos do século XX, sendo expressões cada vez mais genérica de terceirização o trabalho de conservação e limpeza.¹³

Diante do alargamento das hipóteses de terceirização fora dos permissivos legais, a jurisprudência trabalhista assume importante papel balizador desse fenômeno sociojurídico, com vistas a adequar essa crescente demanda do empresariado aos limites da matriz principiológica trabalhista e constitucional.

Nesse ínterim, cumpre informar a relevante orientação excetiva dos casos de contratação por empresa interposta esposada na Súmula 256 do TST:

Súmula nº 256 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Histórico: Revista pela Súmula nº 331 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993 e 04.01.1994. Redação original - Res. 4/1986, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986¹⁴

Com esse entendimento, buscou-se restringir a prática da terceirização como mecanismo para burlar normas trabalhistas, mantendo-se os requisitos celetistas para configuração e determinação do vínculo empregatício com o tomador quando verificada a ilicitude da terceirização intentada. Todavia, esse verbete foi revisado pela Súmula 331 do TST, devido às polêmicas judiciais em volta das exaustivas ressalvas de terceirização, conforme assevera Delgado,

Afinal, as expressas e claras exceções contidas até então no art. 10 do Decreto-lei n. 200/67 e na Lei n. 5.645/70 — exceções consubstanciadoras de um comando legal

12 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 257**. Vigilante. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 04 abril.2020.

13 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTR, 2017.p.504.

14 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 256**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 04 de abril de 2020.

ao administrador público — não constavam do leque firmado pela súmula em exame. A par disso, a posterior vedação expressa de admissão de trabalhadores por entes estatais sem concurso público, oriunda da Constituição de 1988 (art. 37, II e § 2º), não tinha guarida na compreensão estrita contida na Súmula 256.¹⁵

Em 17 de dezembro de 1993, o TST aprovou, pela Resolução 23/1993, publicada no DJ de 21 e 28.12.1993 e de 04.01.1994, a Súmula nº 331 com o seguinte enunciado:

- I- A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.74);
- 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 Federal);
- III- Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, 20.6.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta;
- IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo.

No ano 2.000, o TST reformulou o item IV da Súmula nº 331, por meio da Resolução nº 96 de 11/09/2000, para reconhecer expressamente a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, em razão das obrigações trabalhistas não satisfeitas pela empresa com a qual firmado contrato de terceirização, por meio de uma interpretação sistemática do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, abrangendo os órgãos da administração direta e indireta:

- 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 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).

Posteriormente, tal item foi novamente alterado pela Resolução nº 174/2011, divulgada pelo DeJT de 27, 30 e 31.05.2011, adequando-se ao julgamento proferido pela Suprema Corte na Ação Declaratória de Constitucionalidade 16, prolatada em 24 de novembro de 2010, que reconheceu não ser automática a responsabilidade da entidade estatal tomadora de serviços nos casos de inadimplemento das dívidas trabalhistas, fiscais e comerciais da empresa contratada pelo Poder Público, nem podem onerar o contrato ou restringir regularização e o uso de obras e edificações, ponto a ser estudado ao longo deste

15 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTR, 2017.p.515.

trabalho. Ademais, foram acrescentados os itens V e VI à multicitada Súmula, consagrando um regime de responsabilização diferenciado para os entes públicos, dispostos:

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 laboral¹⁶

Nesse sentido, destaca-se o papel da Justiça do Trabalho, por meio dos Enunciados das Súmulas analisadas, ante a ausente regulação específica a coibir a terceirização sem limites, incentivada sistema capitalista, e a desvalorização do trabalhador.

Sobretudo no que se refere à Súmula 331 do TST, visualizou-se a distinção entre a terceirização nas atividades-meio e atividades- fim, que por certo tempo foi critério de aferição de licitude da relação triangular, sendo legais as exceções expressas na referida súmula, como o trabalho temporário, as atividades de vigilância e de conservação e limpeza e os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, parâmetro que posteriormente seria alterado pelo contexto da reforma trabalhista.

Cumprindo ainda destacar que no item III da Súmula 331 há uma ressalva quanto a inexistência da pessoalidade e de subordinação direta entre o empregado e a tomadora de serviço para configuração de sua licitude e consequente afastamento vínculo empregatício. Nesse ínterim, importa as reflexões de Delgado:

Isso significa, na verdade, que a jurisprudência admite a terceirização apenas enquanto modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresariais, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados.

É claro que no tocante ao trabalho temporário (inciso I da Súmula n. 331) não se exige falta de pessoalidade e subordinação entre obreiro e tomador de serviços. Por

16 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 04 de abril de 2020.

isso é que a ressalva se encontra somente no inciso III da súmula em análise e não em seu primeiro inciso (que trata do trabalho temporário).¹⁷

Assim, de forma simplificada, a terceirização será lícita, conforme aduz Sérgio Pinto Martins, quando observar os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego¹⁸. Por conseguinte, será ilícita quando contrariar as leis que lhe autoriza e o rol de possibilidades que elencadas na Súmula 331 do TST. Todavia, as leis 13.429/2017 e 13.467/2017, analisadas oportunamente, apresentam reflexos que desafiam o padrão lógico e jurídico dessa sistemática de validade da terceirização.

2.3 Conceituação

Malgrado a ausência de diploma legal que regulasse especificamente o instituto da terceirização, a interpretação deste termo extrai-se mormente de doutrina, leis que introduziram a relação trilateral legítima e jurisprudência correlata.

A delimitação de seu conceito jurídico encontra entraves em razão de sua origem atrelada a estratégias de gestão de empresas, conforme o contexto histórico a priori relatado, e como pontua Biavaschi "reside nas distintas formas por meio das quais se vem apresentando no mundo do trabalho, bem como na multiplicidade de conceitos que lhes são atribuídos por autores de diversas áreas do conhecimento".¹⁹

No Recurso Extraordinário nº 760.931/DF, o Ministro Fux apresenta na ementa de seu voto vencedor um conceito advindo da administração de empresas:

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".²⁰

17 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTR, 2017. p.519

18 MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 157.

19 BIAVASCHI, Magda Barros. A Terceirização e a justiça do trabalho. **Rev. TST**, Brasília, vol. 74, nº 4, 2008, p.72. Disponível: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/5390/004_.pdfsequence=5&isAllowed=y. Acesso em: 16 de abril de 2020.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 760.931**. 2017. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312704677&tipoApp=.pdf. Acesso em: 16 de abril de 2020.

Para Maurício Goldinho Delgado, a terceirização trata-se de um neologismo decorrente do termo terceiro, advindo da área de administração de empresas, devendo-se o interpretar no sentido de intermediário e não de estranho, afim de evitar sua colocação à margem da relação triangular estabelecida entre o tomador de serviços, a empresa terceirizante prestadora de serviços e o obreiro.²¹

Verifica-se assim nesse fenômeno, segundo o referido autor, uma dissociação entre a relação econômica de trabalho e a relação justralhista correspondente, na medida em que insere o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços do vínculo empregatício, fixados com uma entidade interveniente.

A terceirização apresenta uma exceção à clássica conformação bilateral e os requisitos da relação de emprego presentes nos artigos 2º e 3º Consolidação das Leis do Trabalho, sobretudo quando nota-se a inexistência de subordinação e de pessoalidade. Nessa conformação trilateral de trabalho, a empresa tomadora de serviços não ocupa a função de empregadora, embora o empregado disponibilize sua força-trabalho de forma indireta e descentralizada àquela, contrato de emprego forma-se entre o trabalhador e a prestadora de serviços. Das lições de Amauri Mascaro Nascimento depreende-se:

Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial não podem existir elementos pertinentes à relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, nem poderá haver controle de horário, e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas por intermédio de outras pessoas. O controle deverá ser feito pela empresa interposta. Esta é uma figura jurídica que corresponde ao significado econômico do vocábulo que é usado, na linguagem trabalhista, para designar a transferência de atividade econômica de quem originariamente a exercitaria para o exercício de outra pessoa física ou jurídica, o que não é vedado pela lei mas pode ter implicações trabalhistas.²²

Magda Barros Biavaschi sistematiza a terceirização em quatro sentidos:

Em sentido amplo, identifica-se com a tendência empresarial de realizar parte de suas atividades por meio de outras unidades, mais ou menos independentes, incluindo toda a operação - econômica ou de organização da atividade empresarial - de terceirização ou descentralização, qualquer que seja a forma contratual utilizada. Em sentido estrito, como mecanismo descentralizador que envolve uma relação trilateral estabelecida entre a empresa que contrata os serviços de outra empresa, terceira, a qual, por seu turno, contrata trabalhadores cujos serviços prestados destinam-se à tomadora. Em sentido interno, expressa a situação em que alguém se coloca entre o empregado e o tomador dos serviços; no sentido externo, evidencia,

21 DELGADO, Maurício Goldinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTR, 2017. p.502.

22 NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.477.

por exemplo, a situação em que alguém se coloca entre o empresário e o consumidor.²³

De fato, a terceirização é uma forma de contratação flexível evidente no capitalismo, caracterizada por uma formulação atípica de relação de trabalho, posto que há inserção de um terceiro que não participa da cadeia econômica direta de um dos contratantes.

No ano de 2017, o regime jurídico da terceirização foi regulamentado pelas leis que compõem a reforma trabalhista, como se verá adiante, modificando sua essência tal qual fora concebida na Súmula 331 do TST, com a criação de uma regra generalizante. Tal desvinculação do capital ao trabalho, provocada aparentemente por essa reforma, emerge a necessidade de mediação do Direito do Trabalho enquanto segmento jurídico limitador dos interesses econômicos em face da dignidade humana do trabalhador hipossuficiente.

2.4 Terceirização na reforma trabalhista

A regulamentação legal da terceirização desponta como importante elemento da reforma trabalhista de 2017, em sentido amplo, visto que até então não existia um diploma próprio a regulamentar as hipóteses de incidência, as garantias ambientais, trabalhistas, previdenciárias e responsabilizatórias, embora a jurisprudência trabalhista tenha realizado o seu papel de interpretar o conjunto da ordem jurídica vigente no País, inclusive as suas matrizes constitucional e internacional imperativas, por meio da Súmula 331 do TST.²⁴

Além desse vácuo normativo, cabe ainda mencionar as motivações incitadas à proposta de reforma trabalhista expressa no Projeto de Lei nº 6.787/2016 e ao Projeto de Lei nº 4.302/98, como a supremacia do negociado sobre o legislado, com a inversão do sistema de fontes do direito do trabalho; a modernização da legislação trabalhista brasileira, com a retirada de sua rigidez que impediria a geração de empregos; a insegurança jurídica e o excesso de litigiosidade na Justiça do Trabalho; e o fortalecimento da organização sindical.²⁵

23 BIAVASCHI, Magda. **A dinâmica da súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a história da forma de compreender a terceirização** in Trabalho e justiça social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado / Daniela Muradas Reis, Roberta Dantas de Mello, Solange Barbosa de Castro Coura, coordenadoras. -- São Paulo: LTr, 2013, p.176.

24 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil. Com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017, p. 197.

25 BIAVASCHI, Magda Barros. A reforma trabalhista no Brasil de Rosa: propostas que não criam empregos e reduzem direitos. **Rev. TST**, São Paulo, vol. 83, no 2, 2017, p.4-6. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/110129>. Acesso em: 16 abr.2020.

O legislador ordinário de 2017 decidiu, porém, instituir regras sobre a terceirização trabalhista. E o fez por intermédio da Lei n. 13.429, de 13 de março de 2017, e da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017.²⁶ A primeira introduziu de maneira sutil o instituto jurídico da terceirização, enquanto a segunda tratou de forma mais explícita a regulamentação desse fenômeno. Pela redação dada pela Lei 13.429/2017, mantida neste aspecto pela Lei 13.467/2017, a Lei 6.019/1974 passa a regular tanto o trabalho temporário como a terceirização de serviços em geral.²⁷

No plano do direito individual do trabalho, a Lei n° 13.429/2017, oriunda do Projeto de Lei n° 4.302/98, que alterou a Lei °6.019/1974, promoveu mudanças na regulação do trabalho temporário, sobretudo nos prazos de duração, prorrogação, quarentena envolvendo o trabalhador em relação ao mesmo tomador de serviço, ampliação da responsabilidade subsidiária da empresa contratante e explicitação da possibilidade de desenvolvimento de atividades-meio e fim da empresa tomadora de serviços nesse contrato.²⁸

Para Vólia Bonfim Cassar, o artigo 2° da Lei n° 13.429/2017, ao conceituar o trabalho temporário, como “aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços”, autorizou a coexistência de dois tipos de terceirização: a terceirização do trabalho temporário, classificado por alguns como intermediação de mão de obra devido ao seu fornecimento passageiro para fins específicos, e a terceirização em geral.²⁹

Outrossim, essa lei inaugurou as regras jurídicas expressas sobre a terceirização trabalhista ao inserir os arts. 4°-A, 4°-B, 5°-A, 5°-B, 19-A, 19-B e 19-C na Lei do Trabalho Temporário. Os três primeiros artigos conceituam e regulamentam vedações e obrigações das empresas contratadas e contratantes:

Art. 4°-A . Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratanteserviços determinados e específicos. (grifo nosso)

26 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil. Com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017, p. 197

27 CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista – Lei 13.467, de 13 de Julho de 2017.** São Paulo: Método, 2017, p. 85.

28 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil. Com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017. p. 206.

29 CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista – Lei 13.467, de 13 de Julho de 2017.** São Paulo: Método, 2017, p. 85.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

Art. 4º-B . São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - registro na Junta Comercial;

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:[...]

Art. 5º-A . Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de **serviços determinados e específicos**.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 .

Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterá:

I - qualificação das partes;

II - especificação do serviço a ser prestado;

III - prazo para realização do serviço, quando for o caso;

IV – valor.³⁰

Por esses preceitos legais extrai-se que o objeto contratual refere-se à execução de serviços determinados e específicos, abrindo flanco a interpretações que conduziam à autorização da prática de terceirização em todas as atividades empresariais contrariando assim a restrição prevista na Súmula 331 do TST, o que motivou o ajuizamento de várias ações declaratórias de inconstitucionalidade.³¹

No que se refere às partes que compõe esse enlace contratual, a contratante pode ser pessoa física ou jurídica, conforme caput do art.5º-A.Já a contratada deve ser pessoa

30 BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. DF, 2017.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113429.htm. Acesso em: 01 jun.2020.

31 AMORIM, Helder Santos. A Terceirização na reforma trabalhista. **Rev. TST**, São Paulo, vol. 83, nº 4, out/dez 2017, p.157..Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/128094>. Acesso em: 20 abr.2020.

jurídica de direito privado, de acordo com o art. 4º-A e os requisitos presentes nos incisos do art. 4º-B para seu funcionamento.

Ainda, pelos elementos que constam nos incisos do art. 5º-B, extrai-se que a lei lhe impôs forma especial, devendo o instrumento contratual ser escrito, sob pena de se configurar inexistente, com conseqüente reconhecimento de vínculo de emprego entre os trabalhadores envolvidos e a empresa tomadora. Esse contrato tem natureza comercial, e não se confunde com a figura da prestação de serviço por trabalhador autônomo, contrato de natureza civil.³²

Além disso, no § 1º do artigo 4º-A há a previsão de que a empresa de terceirização possa subcontratar os serviços de outra, permitindo então a “quarteirização”. Assim, uma empresa tomadora contrata uma empresa para que esta contrate outra para contratar empregado para colocar na tomadora. Há previsão expressa da responsabilidade subsidiária da tomadora também para esse tipo de terceirização (§ 5º do art. 5º-A).³³

Poucos meses depois, houve mudanças mais drásticas com a aprovação do Projeto de Lei nº 6.787/2016, culminando em 13 de julho de 2017 na publicação da Lei nº 13.467, intitulada Reforma Trabalhista, a qual alterou diversos artigos da CLT, as Leis nº 8.036/90 e nº 8.212/91 e novamente a Lei nº 6.019/74, a fim de adequar às novas relações de trabalho.

Por intermédio artigo 2º da Lei 13.467/2017 houve impactos na normativa do contrato de prestação de serviços interempresariais, expandindo a disciplina de seus marcos jurídicos essenciais, ao modificar o caput dos artigos 4º-A e 5º-A da Lei 13.429/2017 e inserir os artigos 4ºC, 5ºC e 5ºD na Lei do Trabalho Temporário:

Art. 2º A Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º - A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de **quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.(grifo nosso)

.....” (NR)

“Art. 4º - C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º -A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

I - relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;

32 *Ibid.*, p.167.

33 CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista – Lei 13.467, de 13 de Julho de 2017**. São Paulo: Método, 2017, p. 88.

d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.”

“Art. 5º -A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de **serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.**(grifo nosso)

.....” (NR)

“Art. 5º -C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º -A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

“Art. 5º -D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado.”³⁴

Logo, por meio dessa alteração do objeto contratual, houve referência expressa nos artigos 4º-A e 5º-A, que caracterizam as partes contratada e contratante respectivamente, da possibilidade de terceirização de quaisquer atividades, inclusive de sua atuação principal, expungindo os limites e contenções que a Súmula nº 331 do TST identificava, a partir de interpretação lógica, sistemática e teleológica do sistema jurídico-trabalhista.³⁵

Sobre essa expansão da terceirização à atividade-fim, o professor e juiz do Trabalho Jorge Luiz Souto Maior pontua uma relevante crítica:

A autorização para a terceirização da atividade-fim, se assim puder ser extraído das leis em questão, representa em si uma superação da terceirização como um todo, inclusive da denominada terceirização da atividade-meio (tratada como um modelo mitigado de intermediação de mão de obra, com o eufemismo de especialização de serviços), uma vez que sem o disfarce jurídico – e mais ainda com a revelação de instituir a quarteirização – a terceirização assume claramente o seu verdadeiro caráter de mera intermediação de mão de obra, e isso fere o projeto constitucional de Estado Social baseado na necessidade de se estabelecer uma responsabilização jurídica ao capital gerado pela exploração do trabalho humano, para implementação organizada de uma mínima distribuição de renda e o desenvolvimento de políticas públicas de índole social.³⁶

34 BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. DF, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 01 jun.2020.

35 AMORIM, Helder Santos. A Terceirização na reforma trabalhista. **Rev. TST**, São Paulo, vol. 83, nº 4, out/dez 2017, p.159.

Em 30 de agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958.252, com repercussão geral reconhecida, fixando a seguinte tese: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

Embora não se refira à novel legislação, mas aos casos anteriores à vigência das Leis n.13.429/2017 e n.13.467/2017, os votos nesse julgamento conjunto tornaram claro a concretização da terceirização na atividade-fim, bem como da prevalência da livre iniciativa sobre os valores sociais do trabalho, inscritos no inciso IV do art. 1º da CRFB/88.

Vislumbram-se no julgamento posições contrapostas, sendo a tese vencida orientada no sentido da proteção social do trabalhador e limitação da terceirização como instrumento jurídico a coibir a precarização das relações de trabalho e a burla na representatividade sindical, mantendo a Súmula n. 331 do TST.

Já na tese vencedora, acompanhado por sete ministros, preconiza-se a terceirização irrestrita sob a ótica da modernização da economia, da liberdade de contratação e criação de empregos, reforçadas pela liberdade de iniciativa extraídas do inciso II do art.5º da CFRB/88, conforme se extrai da ementa do RE 958.252/MG:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL.DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO.CONSTITUCIONALIDADE DA “TERCEIRIZAÇÃO”. ADMISSIBILIDADE. OFENSA DIRETA. VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA (ART. 1º, IV, CRFB). RELAÇÃO COMPLEMENTAR E DIALÓGICA, NÃO CONFLITIVA. PRINCÍPIO DA LIBERDADE JURÍDICA (ART. 5º, II, CRFB). CONSECTÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, CRFB). VEDAÇÃO A RESTRIÇÕES ARBITRÁRIAS E INCOMPATÍVEIS COM O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE.DEMONSTRAÇÃO EMPÍRICA DA NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE ESTRITA DE MEDIDA RESTRITIVA COMO ÔNUS DO PROPONENTE DESTA. RIGOR DO ESCRUTÍNIO EQUIVALENTE À GRAVIDADE DA MEDIDA. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE ESTABELECIDAJURISPRUDENCIALMENTE. EXIGÊNCIA DE GRAU MÁXIMO DE CERTEZA.MANDAMENTO DEMOCRÁTICO. LEGISLATIVO COMO LOCUS ADEQUADO PARA ESCOLHAS POLÍTICAS DISCRICIONÁRIAS. SÚMULA 331 TST. PROIBIÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO. EXAME DOS FUNDAMENTOS. INEXISTÊNCIA DE FRAGILIZAÇÃO DE MOVIMENTOS SINDICAIS.DIVISÃO ENTRE “ATIVIDADE-FIM” E “ATIVIDADEMEIO” IMPRECISA,ARTIFICIAL E INCOMPATÍVEL COM A

36 SEVERO, Souto Valdete; MAIOR, Jorge Luiz Souto. “Reforma” trabalhista não atinge o fim da terceirização da atividade-fim. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Resistência III: o direito do trabalho diz não à terceirização**. São Paulo: Expressão Popular, 2019.p.41.

ECONOMIA MODERNA. CISÃO DE ATIVIDADES ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS. ESTRATÉGIA ORGANIZACIONAL. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER FRAUDULENTO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE DESENHO EMPRESARIAL (ARTS. 1º, IV, E 170). CIÊNCIAS ECONÔMICAS E TEORIA DA ADMINISTRAÇÃO. PROFUSA LITERATURA SOBRE OS EFEITOS POSITIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS TRABALHISTAS POR CADA EMPRESA EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS QUE CONTRATAREM. EFEITOS PRÁTICOS DA TERCEIRIZAÇÃO. PESQUISAS EMPÍRICAS. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DE METODOLOGIA CIENTÍFICA. ESTUDOS DEMONSTRANDO EFEITOS POSITIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO QUANTO A EMPREGO, SALÁRIOS, TURNOVER E CRESCIMENTO ECONÔMICO. INSUBSISTÊNCIA DAS PREMISAS DA PROIBIÇÃO JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRIZAÇÃO INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS I, III, IV E VI DA SÚMULA 331 DO TST. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA CONTRATANTE POR OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

[...]

15. A terceirização de uma etapa produtiva é estratégia de organização que depende da peculiaridade de cada mercado e cada empresa, destacando a *opinio doctorum* que por vezes a configuração ótima pode ser o fornecimento tanto interno quanto externo (GULATI, Ranjay; PURANAM, Phanish; BHATTACHARYA, Sourav. "How Much to Make and How Much to Buy? An Analysis of Optimal Plural Sourcing strategies." Strategic Management Journal 34, no. 10 (October 2013): 1145– 1161). Deveras, defensável à luz da teoria econômica até mesmo a terceirização dos Conselhos de Administração das companhias às chamadas *Board Service Providers (BSPs)* (BAINBRIDGE, Stephen M.; Henderson, M. Todd. "Boards-R-Us: Reconceptualizing Corporate Boards" (July 10, 2013). University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 646; UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 13-11).

16. As leis trabalhistas devem ser observadas por cada uma das empresas envolvidas na cadeia de valor com relação aos empregados que contratarem, tutelando-se, nos termos constitucionalmente assegurados, o interesse dos trabalhadores.

17. A prova dos efeitos empíricos, submetidas aos rígidos procedimentos reconhecidos pela comunidade científica para desenho do projeto, coleta, codificação, análise de dados e, em especial, a realização de inferências causais mediante correta aplicação de ferramentas matemáticas, estatísticas e informáticas, evitando-se o enviesamento por omissão de variáveis ("omitted variable bias").

18. A terceirização, segundo estudos empíricos criteriosos, longe de "precarizar", "reificar" ou prejudicar os empregados, resulta em inegáveis benefícios aos trabalhadores em geral, como a redução do desemprego, diminuição do turnover, crescimento econômico e aumento de salários, permitindo a concretização de mandamentos constitucionais como "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais", "redução das desigualdades regionais e sociais" e a "busca do pleno emprego" (arts. 3º, III, e 170 CRFB).

19. A realidade brasileira, apurada em estudo específico, revela que "os trabalhadores das atividades de Segurança/vigilância recebem, em média, 5% a mais quando são terceirizados", que "ocupações de alta qualificação e que necessitam de acúmulo de capital humano específico, como P&D [pesquisa e desenvolvimento] e TI [tecnologia da informação], pagam salários maiores aos terceirizados", bem como afirmou ser "possível que [em] serviços nos quais os salários dos terceirizados são menores, o nível do emprego seja maior exatamente porque o 'preço' (salário) é menor" (ZYLBERSTAJN, Hélio et alii. "Diferencial de salários da mão de obra terceirizada no Brasil". In: CMICRO - Nº32, Working Paper Series, 07 de agosto de 2015, FGV-EESP).

20. A teoria econômica, à luz dessas constatações empíricas, vaticina que, verbis: “Quando a terceirização permite às firmas produzir com menos custos, a competição entre firmas que terceirizam diminuirá os preços dos seus produtos. (...) consumidores terão mais dinheiro para gastar com outros bens, o que ajudará empregos em outras indústrias” (TAYLOR, Timothy. “In Defense of Outsourcing”. In: 25 Cato J. 367 2005. p. 371).

21. O escrutínio rigoroso das premissas empíricas assumidas pela Corte de origem revela insubsistentes as afirmações de fraude e precarização, não sendo suficiente para embasar a medida restritiva o recurso meramente retórico a interpretações de cláusulas constitucionais genéricas, motivo pelo qual deve ser afastada a proibição, em homenagem às liberdades fundamentais consagradas na Carta Magna (art. 1º, IV, art. 5º, II, e art. 170).

22. Em conclusão, a prática da terceirização já era válida no direito brasileiro mesmo no período anterior à edição das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, independentemente dos setores em que adotada ou da natureza das atividades contratadas com terceira pessoa, reputando-se inconstitucional a Súmula nº. 331 do TST, por violação aos princípios da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170 da CRFB) e da liberdade contratual (art. 5º, II, da CRFB).

23. As contratações de serviços por interposta pessoa são hígidas, na forma determinada pelo negócio jurídico entre as partes, até o advento das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, marco temporal após o qual incide o regramento determinado na nova redação da Lei nº. 6.019/1974, inclusive quanto às obrigações e formalidades exigidas das empresas tomadoras e prestadoras de serviço.

24. É aplicável às relações jurídicas preexistentes à Lei nº. 13.429, de 31 de março de 2017, a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica contratante pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços, bem como a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas por esta (art. 31 da Lei nº. 8.212/93), mercê da necessidade de evitar o vácuo normativo resultante da insubsistência da Súmula nº. 331 do TST.

25. Recurso Extraordinário a que se dá provimento para reformar o acórdão recorrido e fixar a seguinte tese: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.³⁷

Continuando a análise da Lei da Reforma Trabalhista, no que concerne à garantia de direitos, o art. 4º- C assegura aos empregados da empresa prestadora de serviços as mesmas condições relativas à alimentação, utilização de transporte, atendimento médico ou ambulatorial, sanitárias e treinamento adequado, quando e enquanto as atividades forem executadas nas dependências da tomadora de serviços. Quando observadas as particularidades do mandamento do seu §2º, há também a previsão de disponibilização, pela tomadora de serviços, das conveniências de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento.

Ademais, relevante ressaltar a alternativa conferida pelo art. 4º-C, § 1º de escolha contratual da adoção de prática discriminatória ou não quanto aos salários dos trabalhadores terceirizados, além de outros direitos não previstos nesse artigo. Trata-se de mera faculdade

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 958.252**. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

no caso da terceirização, diversamente da previsão imperativa quanto ao trabalhador temporário (art.12, a, da Lei 6.019/1974).³⁸

Relativamente às vedações, o artigo 5º-C dispõe sobre a condição de impossibilidade de atuação como contratada. Procura-se evitar a fraude ao vínculo de emprego (proibido pelo art. 9º da CLT) por meio da chamada “pejotização”, ou seja, a contratação de empregados sob a forma de pessoa jurídica.³⁹

Já o art.5º- D delibera que, antes do decurso do prazo de dezoito meses, contados a partir do ato de sua demissão, o empregado demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços.

38 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização**. 3. ed. rev. atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.81.

39 *Ibid.*, p.84.

3 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme visto anteriormente, até o ano de 2017, após as alterações advindas das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, que integram a chamada reforma trabalhista, não havia um diploma legal que regulasse expressamente a terceirização, sendo sua normatização resultante de uma análise sistêmica da legislação correlata na seara privada.

Além do mais, importa, sobretudo, a evolução jurisprudencial dos enunciados da Súmula n. 331 do TST, principal baliza jurídica desse fenômeno, que foi da vedação à terceirização a sua aceitação nas hipóteses expressamente previstas nas Leis nº 6.019/1974, que regula o trabalho temporário; nº 7.102/1983, que regula a contratação de serviços de vigilância; e no Decreto-Lei 200/1967 que previa a descentralização administrativa com a admissão de terceirização de atividade-meio à Administração Pública.

Oportuno apontar que, no mesmo ano de promulgação das aludidas leis que inauguraram a normativa própria da terceirização, discutia-se no Supremo Tribunal Federal o importante Recurso Extraordinário 760.931/DF, com repercussão geral reconhecida, que trata da responsabilização da administração pública pelos créditos trabalhistas decorrentes do inadimplemento nos contratos de terceirização.

Assim, considerando a expressiva expansão dessa relação trilateral no âmbito do Estado, antes de ingressar propriamente na análise da responsabilidade civil enquanto este for o tomador de serviços, insta examinar como se deu o desenvolvimento da terceirização nos contratos com as entidades públicas.

3.1 Análise legal e jurisprudencial da terceirização na administração pública

Diante da tendência de desburocratização do modelo estatal brasileiro, em um cenário de reforma administrativa intentado desde a década de 1960, tem-se visualizado também na seara pública uma crescente adesão à terceirização, por meio da transferência de tarefas estatais para o setor privado.

Em face do contexto de descentralização, flexibilização administrativa, avaliação de desempenho, controle de resultados e eficiência dos serviços que caracterizam o modelo de

administração gerencial, o Decreto- Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967⁴⁰ emerge como marco da primeira tentativa de transição a esse modelo, nos dizeres de Luiz Carlos Bresser:

A reforma iniciada pelo Decreto-Lei 200 foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Toda a ênfase foi dada à descentralização mediante a autonomia da administração indireta, a partir do pressuposto da rigidez da administração direta e da maior eficiência da administração descentralizada. O decreto-lei promoveu a transferência das atividades de produção de bens e serviços para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, consagrando e racionalizando uma situação que já se delineava na prática. Instituíram-se como princípios de racionalidade administrativa o planejamento e o orçamento, a descentralização e o controle dos resultados. Nas unidades descentralizadas foram utilizados empregados celetistas, submetidos ao regime privado de contratação de trabalho. O momento era de grande expansão das empresas estatais e das fundações. Através da flexibilização de sua administração buscava-se uma maior eficiência nas atividades econômicas do Estado, e se fortalecia a aliança política entre a alta tecnoburocracia estatal, civil e militar, e a classe empresarial.⁴¹

Por intermédio desse diploma normativo vislumbrou-se o primeiro marco legislativo sobre a contratação de serviços no âmbito da Administração Pública Federal, autorizando-se a descentralização administrativa de tarefas auxiliares do Estado para a iniciativa privada, conforme se extrai do parágrafo 7º, do artigo 10:

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

[...]

§ 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.

Tal mandamento revelou possível a contratação de empresas prestadoras de serviços pelo Poder Público, como leciona o professor Godinho Delgado:

À medida que a administração estatal submete-se ao *princípio da legalidade* e à medida que surge lei determinando o procedimento de descentralização dos encargos de execução aventados pelo Dec.-Lei n. 200, resta claro que um certo conjunto de tarefas enfrentadas pelos entes estatais poderia ser efetuado por meio de empresas concretizadoras desses serviços, portanto, mediante terceirização. A dúvida que se mantinha situava-se quanto à extensão da terceirização autorizada na

40 BRASIL. **Decreto- Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

41 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 120, n. 1, abr. 1996, p.12. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/2089>. Acesso em: 25 maio. 2020.

administração pública, isto é, o grupo de tarefas, atividades e funções que poderiam ser objeto de procedimento terceirizante.⁴²

A leitura isolada do dispositivo legal em destaque demonstra, por si só, sua fragilidade ao não estabelecer limites precisos quanto às atividades passíveis de contratação indireta (as denominadas “tarefas executivas”)⁴³. Posteriormente, essa omissão foi suprida pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970⁴⁴, que implementou em seu artigo 3º, parágrafo único, já revogado pela Lei 9.527/97, um rol exemplificativo de atividades que poderiam ser contratadas preferencialmente mediante execução indireta, por meio de contrato, pela administração direta e autárquica.

Estavam assim autorizadas as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas, tratando-se de atividades de apoio, meramente executórias, ou seja, atividades-meio no contexto dos serviços executados pelos entes estatais. Não houve autorização legal, para a terceirização de serviços nas atividades-fim da Administração Pública.⁴⁵

No que se refere aos efeitos jurídicos da terceirização efetuada por entidades com personalidade jurídica de Direito Público, a Constituição Federal de 1988 preconiza no seu artigo 37, inciso II, o princípio do concurso público, segundo o qual “a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego”, configurando um expresse obstáculo ao reconhecimento de vínculos empregatícios com entes da administração pública.

Somando-se a este mandamento constitucional, há os princípios da moralidade e impessoalidade, previstos no caput do artigo 37, bem como a previsão, insculpida no §2º do mesmo artigo, de nulidade do ato de admissão de pessoal em caso de inobservância do referido princípio, tornando-se inviável, juridicamente, acatar-se a relação empregatícia com

42 DELGADO, Mauricio Goldinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTR, 2017.p.506.

43 VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do TST**. Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011, p. 64. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/22216/003_viana_marcio.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 mai. 2020.

44 BRASIL. **Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970**. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. DF, 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5645.htm. Acesso em: 30 mai. 2020.

45 VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Op. cit.*, p. 65.

entidades estatais mesmo em situações de terceirização ilícita, já que, nesse caso, o requisito formal do concurso público não terá sido cumprido (art. 37, II, e § 2º, CF/88)⁴⁶.

Sob esse liame de vedação constitucional, têm-se o item II da Súmula 331 e a Súmula 363, ambas do Tribunal Superior do Trabalho, respectivamente:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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 nº 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.⁴⁷

Súmula nº 363 do TST

CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.⁴⁸

Ademais, a Corte Superior Trabalhista estabeleceu a possibilidade de imposição de responsabilidade, pelo inadimplemento das obrigações cabidas à empresas prestadoras de

46 DELGADO. *Op cit.*, p.523.

47 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 04 abril. 2020.

48 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 363**. CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 04 mai.2020.

serviço também aos entes públicos. Com a revisão da Súmula 331 do TST em 2011, conforme análise alhures, alterou-se novamente o item IV, reformulado anteriormente no ano 2.000, e adicionou os itens V e VI, instituindo assim, um regime de responsabilidade diferenciado para os entes públicos, a ser detidamente analisado nos próximos tópicos.

3.2 Responsabilidade civil do Estado

Previamente ao estudo propriamente dito das condições que levaram ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pela jurisprudência trabalhista, confrontada no julgamento do RE 760.931/DF representativo do tema 246 com Repercussão Geral do Supremo Tribunal do Federal, mister se faz o exame do instituto da responsabilidade civil na esfera pública.

A construção doutrinária acerca da responsabilização do Estado, em que pese as divergências terminológicas entre os autores, deriva de uma evolução histórica de diferentes abordagens teóricas, a serem analisadas a seguir.

3.2.1 Irresponsabilidade do Estado

Inicialmente, em decorrência da lógica de soberania, atrelada ao surgimento das nações absolutistas, havia a irresponsabilidade do Estado, em que na metade do século XIX, a ideia que prevaleceu no mundo ocidental era a de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes.⁴⁹

Conforme aponta a doutrina de Di Pietro, o Estado detinha autoridade incontestável perante o súdito, “ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire) e o de que “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (quod principi placuit habet legis vigorem)”⁵⁰. Tal dimensão, todavia, foi substituída, com a ascensão do Estado de Direito, pela teoria civilista da culpa.

49 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.809.

50 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 889.

3.2.2 Responsabilidade Subjetiva

Na Teoria Civilista da Culpa ou da Responsabilidade com culpa, buscava-se distinguir, para fins de apuração da responsabilidade, os atos de império dos atos de gestão. Para tanto, aqueles derivam das prerrogativas e privilégios de autoridade da Administração, dotados de unilateralidade e coercibilidade diante do particular, enquanto estes se voltavam ao desenvolvimento do patrimônio público.⁵¹

Conforme sintetiza Carvalho Filho, nessa abordagem, se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal.⁵²

Diante da imprecisão quanto à distinção de tais atos, limitando a imposição da responsabilidade do ente estatal, essa teoria não vingou, ganhando espaço, as teorias publicistas, conforme pontua Hely Lopes Meireles,

Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de Direito Público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.

A doutrina do Direito Público propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por *princípios objetivos*, expressos na *teoria da responsabilidade sem culpa* ou fundados numa *culpa especial do serviço público* quando lesivo de terceiros.⁵³

3.2.3 Responsabilidade Objetiva

Nesse contexto de influência dos princípios do Direito Público, que fundamentaram a jurisprudência francesa no caso Blanco, em 1873 - onde se entendeu que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de

51 *Ibid.*, p. 889.

52 CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p.810.

53 MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo : Malheiros, 2016, p.780.

conciliar os direitos do Estado com os direitos privados⁵⁴ -, surgiram as teorias que embasariam a responsabilidade objetiva do ente público.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a responsabilidade objetiva como uma obrigação de indenizar incumbida a alguém devido a um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Configura-se por meio da mera relação causal entre o comportamento e o dano.⁵⁵

De forma geral, doutrinariamente, a responsabilidade objetiva da administração pública desdobra-se na teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa e teoria do risco, que por sua vez divide-se no risco administrativo e risco integral.⁵⁶

3.2.3.1 Teoria da Culpa Administrativa

Na Teoria da Culpa Administrativa, da Culpa do Serviço ou ainda chamada de Fato do Serviço buscou-se afastar a necessidade de identificação da culpa individual de um funcionário para imputar responsabilidade ao Estado.

Nessa conjuntura, a Teoria da *faute du service public* alicerçasse em duas vertentes: a distinção entre *faute de service* e *faute personnelle* – em que se avalia se a conduta foi ou não praticada na qualidade de agente público, no exercício da função administrativa, hipótese que resulta na imputação direta do dano à entidade pública - e a imputação de responsabilidade diretamente ao serviço, sem perquirição da participação de qualquer agente, quando há má organização do serviço, funcionamento defeituoso ou ineficiente, onde causa do dano é a própria máquina administrativa, sendo prescindível ou inviável a individualização de um agente, bastando uma falta anônima do serviço.⁵⁷

Consagrada pela clássica doutrina de Paul Duez, o indivíduo lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano, bastando, para o exercício do direito à reparação dos prejuízos e imputação de culpa ao Estado, a comprovação da culpa anônima ou a falta do

54 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 890.

55 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.1034.

56 MEIRELES, *op. cit.*, p.779.

57 GABARDO, Emerson ; HACHEM, Daniel Wunder . Responsabilidade civil do Estado, ? *faute du service?* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, v., p. 240-292.

serviço - sempre que o serviço público funcionar mal, não funcionar ou funcionar atrasado - cabendo-lhe assim o ônus da prova.⁵⁸

3.2.3.2 Teoria do Risco

Carvalho Filho pondera que, baseado nos elementos de ordem política e jurídica, o Estado enquanto pessoa jurídica seria também economicamente mais poderoso devido às suas prerrogativas do que o administrado, em posição de subordinação. Para tanto, seria injusto que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos. Assim, por ser mais poderoso, o Estado deveria arcar com um risco natural decorrente de suas atividades.⁵⁹

A responsabilidade objetiva fundamenta-se no princípio de igualdade de ônus e encargos, reflexo da justiça comutativa, que ordena se repartam os ônus entre todos aqueles que auferem os benefícios da Administração. Se a obra pública é realizada no interesse da coletividade, justo e jurídico é que a própria coletividade, através do erário, repare o dano individual causado pela construção.⁶⁰

Corroborando a essa ideia, Mello pondera que nos danos decorrentes de ilícitos comissivos ou omissivos o dever de reparar seria contrapartida do princípio da legalidade. Já nos decorrentes de condutas lícitas da administração, a responsabilidade decorreria do princípio da igualdade como garantia de divisão de ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns sejam mais prejudicados que outros, considerando de atividades desempenhadas no interesse de todos.⁶¹

Para além da noção supracitada de que a atuação estatal envolve um risco de dano, Di Pietro elucida os elementos da responsabilidade objetiva:

Nessa teoria, a ideia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e

58 CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p.811.

59 CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p.812.

60 MEIRELES, Hely Lopes. A responsabilidade civil decorrente da obra pública. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 62, out-dez, 1960, p. 17. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21180/19929>. Acesso em: 01 jun.2020.

61 MELLO, *op. cit.*, p.1035.

anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal);(c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano.⁶²

De maneira sistemática, a Teoria do Risco Administrativo imputa a obrigação estatal de indenizar por meio da demonstração do nexo de causalidade entre um fato lesivo e injusto causado à vítima por ação ou omissão decorrente funcionamento do serviço público, dispensando a prova de culpa deste. Todavia, nesta teoria não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada, pois havendo participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado pode reconhecer a existência das causas excludentes – força maior, culpa da vítima e culpa de terceiros – e atenuantes- culpa concorrente da vítima – da indenização paga pela Fazenda Pública.

Já na Teoria do Risco Integral, revela-se uma forma extremada de responsabilização do Estado, visto que não depende da comprovação do nexo causal nem há admissão de causas excludentes ou atenuante, restando à Administração a reparação de qualquer dano, ainda que resultante de dolo ou culpa da própria vítima.

Apontadas brevemente as teorias que embasam a responsabilidade civil do Estado, insta mencionar que a Constituição da República adotou, em seu artigo 37, §6º, a teoria do risco administrativo como justificadora da responsabilidade objetiva pelos danos que seus agentes públicos causarem a terceiros, bem como a responsabilidade subjetiva para aferição de dolo ou culpa do agente para fins de ação regressiva do Estado contra este, consoante :

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

§ 6º. 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.⁶³

O Código Civil de 2002, em consonância com a Lei Fundamental, referendou a responsabilidade objetiva do Estado, em seus artigos 43 e 927, parágrafo único, respectivamente:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado

62 DI PIETRO, *op. cit.*, p.891.

63 BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 jun.2020.

direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (grifo nosso)⁶⁴

Entretanto, nos casos de condutas estatais omissivas, a maioria da doutrina entende que a teoria da responsabilidade objetiva, prevista constitucionalmente, não se aplica. Nessas situações, o não fazer do Estado reclama a configuração dos elementos que compõem a culpa, incidindo pois a responsabilidade extracontratual subjetiva. Além do elemento culposos, deve-se atentar para a existência de nexos diretos de causalidade entre a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima.⁶⁵

O ato omissivo ilícito se origina do descumprimento de um dever legal, atribuídos ao Poder Público, de impedir ou evitar a ocorrência de danos, causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Há ainda uma previsão de culpa, cabendo à administração pública provar que agiu com diligência e utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir.⁶⁶

Elucidando a responsabilidade subjetiva na hipótese de omissão estatal :

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva. Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou'; pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou

64 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 01 jun.2020.

65 CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p.829.

66 DI PIETRO, *op. cit.*, p.899.

por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível.⁶⁷

3.3 Responsabilidade da Administração Pública nos contratos de terceirização

No que se refere à responsabilidade estatal pelos danos ocasionados aos trabalhadores terceirizados, quando da violação de créditos trabalhistas pelo inadimplemento da empresa prestadora de serviços desempenhados na administração pública e do dever legal de escolha e fiscalização contratual pelo ente público, mister se faz compreender a progressão jurisprudencial que levaram ao entendimento esposado no Recurso Extraordinário 760.931/DF, o qual rege atualmente a matéria.

Conforme explicitado anteriormente, no Brasil não houve uma regulamentação legal específica para a terceirização, conduzindo a jurisprudência trabalhista ao relevante papel no estabelecimento de limites a essa relação trilateral, por meio dos entendimentos incorporados nas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.

Nesse viés, até 1986, à exceção do trabalho temporário e do serviço de vigilância, a terceirização era considerada ilegal, conforme disposto na Súmula 256 daquela corte trabalhista, reconhecendo-se o vínculo empregatício entre a empresa tomadora de serviços, preservando a regra celetista, e a responsabilidade solidária das contratantes. Essa situação preponderou no período 1985/1990, evidenciando a força dos entendimentos sumulados e a dinâmica entre as decisões proferidas nos diversos graus de jurisdição e a construção das súmulas pelo TST.⁶⁸

Todavia, a partir de 1990, em meio às pressões pela flexibilização das normas de proteção ao trabalho, ao crescimento da terceirização da mão de obra e à vedação expressa de contratação de trabalhadores nas entidades públicas sem concurso público, insculpida no art.37, II e §2º da CF/88, conduziram ao cancelamento da supramencionada súmula em 1993, sendo substituída pela Súmula nº 331.

Posteriormente, a Súmula nº 331 do TST foi revisitada no ano 2.000, por intermédio da Resolução nº 96, de 11.9.2000 do TST, alterando a redação do inciso IV, para

67 MELLO, *op. cit.*, p.1041-1042.

68 BIAVASCHI, Magda Barros; SANTOS, Anselmo Luis dos. A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da súmula nº 331 do TST. **Rev. TST**, Brasília, vol.80, nº3, jul/set, 2014, p.8. Disponível: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/71081/001_santos_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01 jun.2020.

abranger o ente público que terceiriza a responsabilidade subsidiária ali prevista, restando assim disposto:

Enunciado nº 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na **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 de economia mista**, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93). (grifo nosso)

Em contrapartida, a Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993, preconizou em seu art.71, a proibição de transferência de encargos trabalhistas, fiscais, comerciais não quitados pelas empresas prestadoras de serviços, excetuando-se os encargos previdenciários, em que incide a responsabilidade solidária, conforme a norma:

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.

§ 2º A Administração Pública **responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários** resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.⁶⁹(grifo nosso)

Havia, portanto, uma diversidade de decisões judiciais conflitantes, posto que as duas normas divergiam quanto à atribuição da responsabilidade patrimonial pelos encargos não adimplidos pela empresa prestadora de serviços, quando a parte tomadora era um ente público, conduzindo aos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca das retaliações da Justiça do Trabalho ao atribuir responsabilização subsidiária em detrimento do comando legal previsto na Lei de Licitações:

Até o julgamento da ADC nº 16-DF, estava sendo inteiramente desfavorável aos entes públicos a posição do Supremo Tribunal Federal, ao examinar a arguição de violação da cláusula de reserva de plenário do art. 97 da Constituição pela nova redação dada pelo TST, em 2000, ao item IV de sua Súmula nº 331 e pelas decisões dos órgãos fracionários da Justiça do Trabalho que se limitavam a aplicá-lo de forma automática, em recursos extraordinários (e correspondentes agravos de instrumento) e em reclamações que haviam apresentado contra as decisões condenatórias proferidas pelos Tribunais trabalhistas. Eram basicamente dois os fundamentos

69 BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 01 jun.2020.

adotados pelas decisões monocráticas e colegiadas do STF para rejeitar essa arguição:

- a) o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 não foi declarado inconstitucional pelo item sumulado em discussão, tanto que nele estava mencionado como em pleno vigor;
- b) ainda que o afastamento de sua incidência pelos órgãos fracionários dos Tribunais que proferiram as decisões condenatórias naqueles processos trabalhistas pudesse ter significado, implicitamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade daquele preceito legal, não teria havido ofensa à exigência da “reserva de plenário” estabelecida no art. 97 da Constituição, porque a decisão daquele incidente de uniformização, que redundou na nova e combatida redação do item IV da Súmula nº 331 daquela Corte, fora proferida pelo Tribunal Pleno do TST e por unanimidade.⁷⁰

Em virtude desse contexto institucional, no julgamento da Ação de Declaratória de Constitucionalidade Nº 16, em 24 de novembro de 2010, ajuizada pelo governo do Distrito Federal, o plenário Supremo Tribunal Federal pronunciou-se pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, concluindo pela inviabilidade da imputação automática de responsabilidade às entidades estatais pelo mero inadimplemento de obrigações trabalhistas decorrentes de contrato de prestação de serviços, na forma da Lei 8.666/93, conforme ementa lavrada pelo Ministro Cezar Peluso:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.⁷¹

Nessa mesma oportunidade, contudo, restou assentada a possibilidade de a Justiça do Trabalho, no julgamento do caso concreto, com base no acervo probatório e na interpretação sistemática de normas e princípios do ordenamento jurídico, atribuir responsabilidade subsidiária da Administração Pública por culpa *in elegendo* ou *in vigilando*. Com essa decisão do STF, justificou-se a imputação da responsabilidade subjetiva,:

Em suas manifestações, no curso do julgamento, o Ministro Relator Cezar Peluso, refutando os viéses interpretativos que pretendiam vedar de forma absoluta qualquer atribuição de responsabilidade ao Poder Público, tal como a interpretação literal

70 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 Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77,n.2,p.271-307,abr./jun.2011.Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/25345>. Acesso em 5 jun.2020.

71 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, 24 nov.2010. **Jusbrasil**, [Brasília, DF], nov, 2011. Disponível em:<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627841/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-16-df-stf?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 jun.2020.

proposta pela Ministra Cármen Lúcia, tratou de balizar o limite dessa declaração de constitucionalidade numa clara hermenêutica de ponderação, que privilegia a noção expressa no § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, para impedir a imputação ao Poder Público de responsabilidade automática pelo cumprimento das obrigações trabalhistas inadimplidas – eis que esta responsabilidade trabalhista é exclusiva da empresa contratada, empregadora –, mas, por outro lado, reconhecendo que a isenção de responsabilidade proposta pela norma está condicionada por outras normas que impõem à Administração Pública o dever de bem licitar e de fiscalizar de forma eficiente o contrato administrativo, inclusive quanto ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados.

Neste sentido, o seguinte pronunciamento do Ministro Relator: “Eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, e se o tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o tribunal não pode neste julgamento impedir que a justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração”.⁷²

Adequando-se à jurisprudência trabalhista ao posicionamento do STF no ADC Nº 16/STF, o Pleno do TST revisou a Súmula Nº 331, reformulando-a em 2011 por meio da Resolução Nº 174, com nova alteração do inciso IV, direcionando-o às entidades privadas, e inclusão dos incisos V e VI voltado ao setor estatal, *in verbis*

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

V — Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 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 do 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.

Por fim, com adequação da Súmula nº 331 do TST ao entendimento da Corte Constitucional, afirmou-se a possibilidade de responsabilidade subsidiária do ente público tomador de serviços mediante a averiguação da existência de culpa, a qual seria presumida, conservando a responsabilidade subjetiva por *culpa in vigilando*. Para Delgado, a presunção da culpa se daria devido ao dever legal de fiscalização pelo tomador de serviços, relativamente ao cumprimento de obrigações constitucionais, legais e contratuais trabalhistas pelo prestador de serviços, obrigações em geral vinculadas aos direitos fundamentais da pessoa humana.⁷³

72 VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Op. cit.*, p.73-74.

73 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTR, 2017, p.527.

4 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO NA TERCEIRIZAÇÃO APÓS O ENTENDIMENTO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 760.931

Com efeito, no plano teórico, por meio da alteração da Súmula Nº 331 do TST, com a modificação do item IV e acréscimo dos itens V e VI pela Resolução Nº 174/2011, a corte trabalhista uniformizou sua jurisprudência ao adequá-la à decisão do STF no ADC Nº 16, dotada de eficácia contra todos e efeitos vinculantes.

Tal fato representou uma aparente avanço na regularização das decisões judiciais, ao afastar a responsabilização automática da administração pública (na hipótese de inadimplência da empresa contratada pelos encargos resultantes da execução do contrato), como outrora decidia a Justiça do Trabalho com base no item IV da Súmula 331, sem porém ofender o comando legal do art.71 da Lei de Licitações, mas tornando-a possível mediante constatação de culpa *in vigilando* no caso concreto pelo descumprimento do dever de fiscalização das obrigações contratuais.

Consagrou-se um regime diferenciado de aferição da responsabilidade subsidiária da entidade estatal terceirizante, quando do inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, afastando-se da tradicional responsabilidade objetiva e direta dos entes públicos, conforme elucida Delgado:

Conforme já examinado, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADC 16, ocorrido em novembro de 2010, ao declarar constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/93, considerou necessária a verificação da culpa *in vigilando* do Estado relativamente ao cumprimento trabalhista dos contratos de terceirização que celebra. A responsabilidade derivaria da inadimplência fiscalizatória pela entidade estatal tomadora de serviços sobre a empresa terceirizante (responsabilidade subjetiva, contratual, derivada de culpa), mas não diretamente do texto do art. 71 da Lei de Licitações. O fato de não se aplicar, segundo o STF, a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição, não torna as entidades estatais simplesmente irresponsáveis nessa relevante seara de direitos individuais e sociais fundamentais. Há, sim, responsabilidade, porém derivada de culpa *in vigilando*, se configurada

a omissão fiscalizatória no caso concreto.

O novo texto da Súmula n. 331, V, do TST, divulgado em 2011, realiza a adequação da jurisprudência trabalhista à decisão do STF, eliminando a ideia de responsabilidade objetiva e também de responsabilidade subjetiva por culpa *in eligendo* (esta, desde que haja regular licitação). Mas preserva a responsabilidade subjetiva por culpa *in vigilando* (omissão do dever fiscalizatório), conforme deflui do mesmo julgamento da Corte Máxima(ADC 16).⁷⁴

74 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTR, 2017.p.67 p.538.

Entretanto, o direcionamento esposado na ADC 16 não fora suficiente para pacificar os processos trabalhistas quanto a esta temática, continuando diversos juízos a imputar a responsabilização da administração pública pelo mero inadimplemento dos encargos trabalhistas pela prestadora de serviços, apoiados desta feita na teoria da culpa presumida em virtude da necessidade da caracterização da culpa do tomador de serviços no caso concreto, a exemplo da Reclamação 18.428, em que relatora Ministra Rosa Weber menciona outras diversas reclamações.⁷⁵

Essa celeuma resultou de um esvaziamento prático deixado pelo julgamento do ADC 16 quanto à questão do ônus probatório relativo aos aspectos configuradores da culpa e às balizas para apreciação da prova pelo julgador, ensejando novamente uma manifestação do Supremo Tribunal Federal.

4.1 Análise do Recurso Extraordinário Nº 760.931/DF

O Recurso Extraordinário (RE) 760 931/DF foi escolhido, em substituição ao RE 603.397/SC que tramitava em segredo de justiça, como representativo do Tema 246 de controvérsias com repercussão geral do Supremo Tribunal Federal - responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço -, conforme ementa:

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.

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

75 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl: 18428 MG, Relator: Min. Rosa Weber. **JusBrasil**. 28 ago. 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25255366/reclamacao-rcl-18428-mg-stf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

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 (xv) 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”.⁷⁶

A Ministra Rosa Weber foi nomeada relatora do mencionado recurso, ressaltando inicialmente a multiplicação de disputas judiciais em face das controvérsias deixadas pelo ADC 16, havendo naquela época 50 mil processos sustados e um número superior de litígios em andamento, versando sobre essa temática.

Trata-se de recurso extraordinário manejado pela União contra acórdão da segunda turma do TST, lavrado pelo eminente Ministro José Roberto Freire Pimenta, que negou provimento ao agravo de instrumento (AIRR 1007007220085020373) interposto por aquela, conforme ementa do julgado recorrido, segundo consta no relatório:

“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.

Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter

76 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 760931**. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 30 març.2017.Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>. Acesso em: 10 jun.2020.

fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: “SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...)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 nº 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”. Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo *onus probandi* e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua *culpa in vigilando*, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. Agravo de instrumento desprovido”

Conforme relata a ministra⁷⁷, em suas razões recursais, a União alegou que a decisão ora combatida violou o texto constitucional, especialmente os arts. 5º, II, 37, *caput*, 97 e 102, § 2º, ao manter a responsabilidade subsidiária que lhe fora imputada, nas instâncias ordinárias, pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços terceirizados, incluídos multas e juros de mora de 1% ao mês, em dissonância quanto ao decidido na ADC nº 16. Pontou ainda que Corte trabalhista declarou a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, a despeito de já afirmado sua constitucionalidade pelo STF, quando do julgamento da referida ADC nº 16, alegando que foi vedada, por conseguinte, a responsabilização subsidiária do ente público, tomador dos serviços, com suporte no art. 37, § 6º, da Constituição da República.

77 *Ibid.*, p.33.

Aponta, por fim que apenas eventualmente, quando provada a culpa *in vigilando*, fica autorizada a responsabilização subsidiária, tornando inviável presumi-la, e que sua inserção no item IV da Súmula nº 331/TST revela uma obrigação frontalmente contrária ao art. 71, § 1º, da Lei de Licitações.

Quando da substituição do recurso paradigma (*leading case*) acolhido para representar o Tema 246, a Procuradoria-Geral da República emitiu novo parecer pelo desprovimento do presente recurso da União, com a seguinte ementa:

Constitucional, direito administrativo e do trabalho. Tema 246 de Repercussão Geral. Responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. ADC 16/DF. Decisão vinculante. Constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993. Possibilidade de responsabilização subsidiária do Poder Público por omissão fiscalizatória do cumprimento das obrigações trabalhistas em contratos de obras e serviços. Confirmação da tese jurídica firmada em controle concentrado de constitucionalidade. Fiscalização eficiente do adimplemento de obrigações trabalhistas – dever jurídico do Poder Público contratante. Preservação da higidez contratual. Função socioambiental do contrato administrativo – execução conforme os interesses sociais e ambientais protegidos pela Constituição. Omissão ou deficiência fiscalizatória. Responsabilização do estado por ato ilícito. Princípio do Estado de Direito. Responsabilidade estatal por ato omissivo danoso a direito de terceiro. Teoria da falha do serviço. Responsabilidade objetiva. Constituição, art. 37, § 6º. Precedentes. Hipótese de responsabilidade subjetiva – presunção relativa de culpa da administração. Demonstração da omissão fiscalizatória do ente público. Prova impossível para o trabalhador demandante – teoria da “prova diabólica”.

1. Confirmação da tese firmada na ADC 16/DF, segundo a qual, o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993 veda a transferência **automática** de responsabilidade ao Poder Público contratante de obras e serviços, pelo fato do inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa contratada. No entanto, isso não obsta a responsabilização civil subsidiária da administração pública, pelo pagamento dos respectivos encargos, em face de sua omissão ou deficiência fiscalizatória danosa à satisfação dos direitos sociais dos trabalhadores vinculados ao contrato.

2. Constitui **dever jurídico** do Poder Público contratante de obras e serviços exigir e fiscalizar o cumprimento dos direitos trabalhistas, pela entidade contratada. Interpretação sistemática e teleológica dos arts. 27, inciso IV; 29, incisos IV e V; 44, § 3º; 54, § 1º; 55, incisos VII e XIII; 58, inciso III; 65, § 6º; 66, 67; 78, incisos VII e VIII, e 87, da Lei 8.666/1993. No âmbito da administração federal, incidem os arts. 19, 19-A, § 3º; 28, 31, §§ 1º e 3º; 34, § 4º; 34-A; 35, § 5º e Anexo IV da IN 2/2008 do Ministério do Planejamento.

3. A fiscalização contratual tem por fim imediato promover a higidez do contrato, mas também visa a preservar a **função socioambiental do contrato administrativo** (Lei 8.666/1993, art. 3º), que vincula sua execução à proteção de interesses maiores da sociedade constitucional e, em particular, dos direitos sociais fundamentais (Constituição, art. 7º).

4. A definição da natureza e a configuração da responsabilidade estatal por omissão danosa ao direito do trabalhador terceirizado, nos casos concretos, constitui matéria que extrapola os **lindes do controle de constitucionalidade** do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações. Fundada a responsabilidade civil na omissão fiscalizatória do Poder Público, resta afastada a hipótese de transferência automática de responsabilidade, vedada pela norma jurídica.

5. A omissão fiscalizatória do Poder Público, quanto ao adimplemento dos direitos trabalhistas, se equipara em consequência à omissão estatal por **falha do serviço**,

ensejando responsabilidade aquiliana objetiva. Art. 37, § 6º, da Constituição. Precedentes. Caso se opte pela responsabilidade subjetiva, o caráter omissivo da conduta estatal desafia **presunção relativa** de culpa da administração pública, cabendo ao ente público demandado o ônus de comprovar a fiscalização contratual eficiente, voltada a impedir o inadimplemento trabalhista da empresa contratada.

6. A imputação do onus probandi ao trabalhador demandante, quanto à omissão fiscalizatória estatal, impondo-lhe prova impossível, equivale, em consequência, à irresponsabilidade estatal, com grave violação ao princípio da igualdade, fundante do Estado de Direito.

7. Reconhecida a responsabilidade subsidiária da União, por culpa in vigilando, no caso concreto, em face da ausência de prova da fiscalização contratual, não se constata violação à decisão da ADC 16/DF.

8. Parecer por desprovimento do recurso extraordinário.⁷⁸

Nas premissas do acórdão recorrido, a Ministra Rosa Weber destacou o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho ao rechaçar as ofensas aos artigos 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 8º da CLT, por vezes imputadas pelos órgãos públicos, sob o fundamento de que embora as verbas vindicadas possuam natureza pecuniária, elas traduzem direitos fundamentais sociais, que em razão de seu caráter alimentar a assegurar uma vida digna aos trabalhadores, deve ser atribuído peso necessariamente maior que o interesse público meramente secundário de não ser subsidiariamente condenado.

Pontuou ainda a conclusão que cabe ao ente público o dever de fiscalização e o estrito cumprimento pela contratada dos direitos dos empregadores terceirizados que prestam seus serviços à Administração Pública, ressaltando a previsão de incidência subsidiária do parágrafo único do art. 8º da CLT e dos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil de 2002, que estabelecem também para os entes públicos em geral, a responsabilidade civil subjetiva de natureza extracontratual, decorrente da prática (comissiva ou omissiva) de ato lícito. Por fim, ressaltou a decisão do TST, pautada no princípio de aptidão para a prova, de ser do ente público contratante exclusivamente ônus de alegar e comprovar que tomou todas as medidas previstas e praticou todos os atos previstos na Lei de Licitações para evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas dele objeto.⁷⁹

4.1.1 Breve Exame do Voto Vencido

78 BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer N° 249643/2016 – ASJCIV/SAJ/PGR**. Brasília, DF, 16 out 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/re-760-931-resp-sub-parecer-f.pdf> view. Acesso em: 12 jun.2020.

79 RE 760931/DF. *Op.cit.*, p.30-32.

Em seu voto como relatora, a Ministra Rosa Weber fundamentou-se em ampla abordagem doutrinária quanto ao fenômeno de terceirização, refletindo sobre questões jurídicas em torno dessa relação triangular que desafiam a conformação tradicional da relação de emprego até sua expansão na seara da Administração Pública. Neste ponto, ressaltou a impossibilidade de reconhecimento de vínculo do empregador terceirizado com o ente público ante a impossibilidade constitucional do princípio do concurso público, insculpido no artigo 37, inciso II da CRFB/88.

Outrossim, a ministra delimitou os marcos regulatórios da terceirização brasileira, atendo-se à evolução jurisprudencial trabalhista, consolidada nas alterações da Súmula 331 do TST que conduziu a sua normatização no âmbito das entidades estatais, sobretudo no reconhecimento da responsabilidade civil do Estado pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela prestadora de serviços.

Após breve apanhado das teorias de responsabilização estatal aplicadas no tempo em nosso ordenamento jurídico, a relatora asseverou o entendimento firmado no julgamento do ADC 16 pelo STF, reconhecendo o afastamento da responsabilidade automática do ente público, decorrendo esta da constatação de culpa pelo descumprimento do dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas advindas da prestação de serviços contratada, sob o equacionamento do tema à luz das demais normas e princípios do Direito no caso concreto.

Todavia, como bem ponderou a ministra, o julgamento da ADC 16, em que pese a fixação da necessidade da configuração da culpa do tomador de serviços estatal no caso concreto, não trabalhou a questão do ônus da prova para fins de caracterização da aludida culpa a ensejar a responsabilidade, nem estabeleceu parâmetros para apreciação probatória ao julgador. Ressaltando a tese de responsabilidade subjetiva do Poder Público por omissão no dever fiscalizatório, filiou-se à doutrina da culpa presumida quanto ao encargo probatório:

Reitero que, sob esse viés, o Estado não é condenado automaticamente ou de forma objetiva. A adoção da culpa presumida situada dentro da responsabilidade subjetiva, possibilita ao ente público - detentor dos meios probatórios - demonstrar o cumprimento do dever legal, a inexistência de negligência, imperícia ou imprudência e, mais especificamente, em situações como a dos autos, demonstrar “que não teve culpa [...], que não desatendeu às prescrições existentes”, no caso, aquelas constantes do artigo 67 da Lei 8.666/93, entre outras. Logo, apenas se pode exaltar o efeito exonerador do art. 71 dessa Lei se cumpridas as obrigações previstas nessa Lei, especialmente em seu art. 67, detalhadas e renovadas na Instrução Normativa nº 2/2008 do MPOG.[...] A par da perspectiva da teoria da culpa presumida, concorrem para a mesma conclusão - de que o encargo probatório em hipóteses como a em exame cabe à Administração Pública - os princípios que orientam o ônus da prova. Com efeito, à luz do princípio da aptidão para a prova, a parte responsável pela produção probatória é a que apresenta melhores condições de

realizá-la, independentemente do ônus imposto pela norma processual. Considerada a busca da efetiva tutela jurisdicional do direito lesado ou ameaçado de lesão, os deveres probatórios incumbem à parte que detiver aptidão para se reportar a respeito de “conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos” ou tiver “maior facilidade na sua demonstração, não requerendo qualquer decisão judicial de inversão do ônus da prova”. **O princípio se harmoniza perfeitamente com o processo do trabalho, em que a hipossuficiência do trabalhador na relação de direito material acaba sendo refletida no próprio acesso à Justiça e meios probatórios.**(grifo nosso)⁸⁰

No fim do voto, a eminente ministra confirmou o entendimento esposado no ADC 16 da tese da responsabilidade subjetiva pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços terceirizados, concluindo que o dever de demonstrar o cumprimento dos deveres fiscalização cabe à Administração Pública que se beneficiou dos serviços prestados, seja por meio da culpa presumida, do princípio da aptidão para a prova ou da distribuição dinâmica probatória.

Na análise do caso concreto, a Ministra Rosa Weber negou provimento ao recurso extraordinário na parte conhecida e para fins de repercussão geral propôs:

1) seja reafirmada a tese de que a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, declarada na ADC nº 16, veda a transferência automática, à Administração Pública, dos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato de prestação dos serviços e 2) firmada, neste julgamento, a tese de que não fere o texto constitucional (arts. 5º, II, 37, *caput*, e 37, § 6º) a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo inadimplemento, por parte da prestadora de serviços, das obrigações trabalhistas, em caso de culpa comprovada – em relação aos deveres legais de acompanhamento e fiscalização do contrato de prestação de serviços –, observados os princípios disciplinadores do ônus da prova.

Importante anotar as conclusões aditadas pelo Ministro Roberto Barroso:

Portanto, estamos todos de acordo que é vedada a responsabilização automática da União. A segunda tese da Ministra Rosa Weber é a de que a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração pelo inadimplemento é legítima em caso de culpa comprovada da empresa terceirizada, o que eu também estou plenamente de acordo. E estou propondo, Presidente, acrescentar as seguintes conclusões à tese a ser firmada - que seria a terceira, considerando as duas primeiras da Ministra Rosa: **competete à Administração Pública o ônus de provar que houve fiscalização. Portanto, não é o empregado que tem que fazer a prova negativa de que não houve; a Administração é que tem que provar que ela fiscalizou. Considero isso importante, também extraído do voto da Ministra Rosa.**

A outra proposição que eu acho importante incluir, e talvez a mais complexa, é a seguinte: 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 *juris tantum* de razoabilidade. Esta é a ideia: **permitir a fiscalização por amostragem com base em critérios definidos pelo órgão de controle, que gozará de uma presunção *juris tantum* de razoabilidade, que pode, evidentemente, comportar uma prova em contrário.**

A quinta conclusão, Presidente, é a seguinte: constatada pelo Poder Público a ocorrência de inadimplemento trabalhista pela contratada, deverá ele tomar as seguintes providências: 1) notificar a empresa contratada, assinando-lhe prazo para sanar a irregularidade; 2) 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.⁸¹

Em suma, o voto da eminente relatora foi seguido, com ressalvas, pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

4.1.2 Posicionamento Vencedor

Em sentido divergente ao esposado no relatório do Recurso Extraordinário Nº 760.931/DF, o entendimento vencedor que ensejou a formação da tese de repercussão geral foi composto pelos votos dos ministros Luiz Fux, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e da ministra Cármen Lúcia.

Embora tenha ressalvado a importância da erudição na fusão do Direito do Trabalho e Constitucional prevista no voto da relatora Rosa Weber e sua preocupação com a questão do trabalhador terceirizado que sempre ficava a mercê do impacto dessa controvérsia jurídica, o Ministro Luiz Fux divergiu abordando a declaração de constitucionalidade do art.71 reformado da Lei 8.666/93 firmada no ADC 16. Ressaltou que inaugurar uma interpretação conforme essa norma, “levaria a uma *contradictio in terminis*, ou seja, foi declarada a constitucionalidade, e a interpretação da lei, conforme a Constituição, dando uma interpretação diferente, é uma modalidade de declaração de inconstitucionalidade parcial”.⁸²

Em suma, optou por uma interpretação que se ateu à limitação constitucional, que deverá se curvar à deferência legislativa, e à solução exposta no ADC 16, ponderando que com as alterações promovidas pela Lei Nº9.032/95 no art.71 da Lei de Licitações, o legislador criou uma responsabilidade solidária quanto aos encargos fiscais previdenciários, mas não criou a responsabilidade subsidiária, pois se o quisesse, também teria feito essa modificação da lei.⁸³

Após meses de deliberação, e ante a constatação de empate na votação, no dia 15/02/2017 foi suspenso o julgamento para colher voto de desempate do novo Ministro a integrar a Corte – Alexandre de Moraes. Retomado em 30/03/2017, este se alinhou ao

81 RE 760931/DF. *Op.cit.*,218-219.

82 RE 760931/DF. *Op.cit.*,p. 222.

83 RE 760931/DF. *Op.cit.*,p. 223-225.

entendimento que rejeita a responsabilização da Administração Pública por verbas trabalhistas de terceiros a partir de qualquer tipo de presunção, somente admitindo que isso ocorra caso a condenação esteja inequivocamente lastreada em elementos concretos de prova da falha na fiscalização do contrato. Adentrando em uma perspectiva de economia e eficiência dos serviços públicos, aduziu:

Creio, porém, que os inconvenientes são ainda maiores: permitir a responsabilização indiscriminada do Poder Público por verbas trabalhistas é desestimular em sentido amplo a tão necessária cooperação com a iniciativa privada, tornando-a ainda menos atrativa, em tempos de aguda recessão econômica e de necessidade de modernização e eficiência da Administração Pública em suas finalidades essenciais. Exigir que a Administração Pública proceda “*in totum*” a exaustivas rotinas de vigilância da execução de contratos terceirizados não apenas corrói a lógica econômica dessas avenças, desestimulando-as, como imputa ao tomador de serviços uma responsabilidade diretiva típica da subordinação empregatícia, que deveria ser exercida pelo empregador. Teríamos, consequentemente, um duplo gasto do poder público para a mesma finalidade, pois, além da taxa de fiscalização, haveria necessidade de manutenção de setores específicos para a realização dessa tarefa, como se não houvesse terceirização, mas sim prestação direta dos serviços.⁸⁴

Considerando as divergências apontadas ao longo das mais de 300 páginas que compõem o julgamento do Recurso Extraordinário Nº 760.931/DF, em 26/04/2017, o Supremo Tribunal Federal por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “*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).

Em agosto de 2019, a Corte rejeitou os três embargos de declaração opostos pela Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF, pelo Estado de São Paulo e pela União em face da decisão proferida no presente recurso. Em síntese, alegavam contradição entre o reconhecimento da constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei 8.666/1993 e a tese firmada em sede de repercussão geral no RE 760.931/DF, requerendo a retirada do termo automaticamente, bem como obscuridade quanto às hipóteses que ensejariam a transferência “não automática” da responsabilidade pelos encargos trabalhistas dos empregados terceirizados ao Estado e a limitação da tese à responsabilidade subsidiária.

Prevaleceu, assim, o entendimento do ministro Edson Fachin, para quem, negando a existência de obscuridade ou contradição, a responsabilidade do Poder Público não é automática, conforme fixou o legislador no artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, mas não pode

84 RE 760931/DF. *Op.cit.*, p. 322-323.

dela eximir-se quando não cumpriu com o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços, mantendo-se a tese originária.⁸⁵

4.2 Reflexos da Decisão do RE 760.931 na Jurisprudência Trabalhista

Em que pese a fixação da sucinta tese vislumbresse a pacificação de antigas divergências nos processos que versam sobre a responsabilização dos encargos trabalhistas inadimplidos nos contratos de terceirização com o ente público, não houve “*ratio decidendi*” vinculante quanto à distribuição do ônus probatório e às balizas para apreciação da prova pelo julgador, embora tenha sido objeto de opiniões contrastantes ao longo do acórdão, permanecendo essas dissonâncias em “*obiter dictum*”.

Buscando analisar os reflexos da decisão proferida pelo STF no RE 760.931/DF na jurisprudência trabalhista, colacionaram-se alguns julgados do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho, em que se constata interpretações discrepantes a partir da tese e dos argumentos apresentados ao longo do seu julgamento:

TERCEIRIZAÇÃO.ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. SUMULA 331, V, DO TST. ADC 16 E TESE 246 DO STF. O Excelso Pretório, no julgamento do RE-760931 (Leading Case), fixou tese de repercussão geral no sentido 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". Nessa linha de compreensão, **a responsabilidade do ente público, quanto aos créditos trabalhistas oriundos de sentença condenatória dessa natureza, depende, necessariamente, da constatação de conduta culposa do tomador dos serviços**, a qual se revela pela ausência de adoção dos procedimentos fiscalizatórios expressamente previstos na Lei 8.666/93 (artigos 58 e 67). **Uma vez que a obrigação de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços decorre da lei, cabe à Administração Pública, consequentemente, na condição de segunda reclamada, quando postulada em juízo sua responsabilização pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo prestador de serviços, com arrimo nos primados da distribuição dinâmica do ônus da prova e da aptidão para a prova** (art. 373, § 1º, do CPC), **carrear aos autos os elementos necessários à formação do convencimento do magistrado**, ou seja, elementos suficientes à comprovação de que cumpriu o dever disposto em lei de fiscalizar a execução do contrato administrativo. Não se desincumbindo desse ônus, forçoso reconhecer a culpa in vigilando do ente público, fazendo incidir a responsabilidade subsidiária, nos termos da súmula 331, V, do TST. (grifo nosso) (TRT-7 - RO: 00015802020165070023,

85 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. TERCEIROS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931. Relator: Ministro Luiz Fux. STF. Brasília, 06 set. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Acesso em: 12 jun.2020.

Relator: PLAUTO CARNEIRO PORTO, Data de Julgamento: 12/04/2018, Data de Publicação: 19/04/2018)⁸⁶

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO EXPRESSAMENTE CONSIGNADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 331, V e VI, DO TST. A Corte Regional deixou clara a culpa in vigilando Autarquia de Saúde - IS, conforme trecho do acórdão regional, transcrito em seu recurso de revista, ao consignar: E no caso vertente, há prova inequívoca da conduta omissiva na fiscalização dos contratos pela 2º recorrida, eis que não há nos autos todos os documentos que possam demonstrar que a 2ª ré acompanhava efetivamente o adimplemento dos haveres trabalhistas dos empregados terceirizados, como recolhimentos de FGTS e contribuições previdenciárias, presumindo-se que não os possuía. (pág. 530). **Registre-se, por oportuno, que a recente decisão do STF no RE nº 760.931, com repercussão geral, que atribuiu o ônus da prova da ausência de fiscalização ao trabalhador, em nada altera a conclusão destes autos, uma vez que o fundamento da condenação subsidiária da entidade pública está amparado no fato de que o ente público deixou de promover a fiscalização mínima quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas.** Tanto é assim, que nesta ação houve deferimento de parcelas inadimplidas no curso de todo o contrato de trabalho, bem como constatou-se a ausência de anotação da CTPS. Nesse contexto, em que a decisão da Corte de origem está em consonância com a Súmula nº 331, V e VI, do TST, o recurso de revista, efetivamente, não ultrapassa o conhecimento. Incólumes, portanto, os dispositivos de lei e o verbete sumular invocados. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.(grifo nosso) (TST - AIRR: 10015375320165020331, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 27/03/2019, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/03/2019)⁸⁷

TERCEIRIZAÇÃO. ENTE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA. TESE DE REPERCUSSÃO GERAL. RE Nº 760.931/DF. ÔNUS DA PROVA. A respeito do ônus da prova de demonstrar a efetiva fiscalização do contrato, ou a ausência dela, este julgador entende que **a fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante, de modo a ser da Administração Pública o ônus de demonstrá-lo nos autos, a teor do art. 373, II, do CPC/2015. Não há que se falar, assim, em inversão do ônus da prova, já que fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante é naturalmente ônus da parte ré, tal qual prevê a legislação processual civil em vigor.** Ademais, exigir da parte autora o ônus da prova de que a Administração não teria fiscalizado o contrato administrativo havido com a reclamada seria atribuir-lhe ônus de fato negativo ou, ainda, equivaleria exigir-lhe acesso a documentos que estariam, na verdade, em poder da Administração Pública. Outrossim, vale ressaltar que a fiscalização do contrato é dever imposto à Administração Pública por força do comando legal inserto nos arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93. Por todo o exposto, nego provimento ao apelo para manter a sentença que reconheceu a responsabilidade subsidiária do ente público. Recurso conhecido e improvido.(TRT-11 - RO: 00001879020185110019, Relator: AUDALIPHAL HILDEBRANDO DA SILVA, Data de Julgamento: 08/04/2019, 2ª

86 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 7ª Região. Recurso Ordinário nº 00015802020165070023. Relator: Plauto Carneiro Porto. **Jusbrasil**. Fortaleza, 19 abr. 2018. Disponível em: <https://trt-7.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569419186/recurso-ordinario-ro-15802020165070023?ref=juris-tabs>. Acesso em : 29 jun.2020.

87 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10015375320165020331, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte. **Jusbrasil**. 20 mar.2019. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692017012/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-10015375320165020331?ref=serp>. Acesso em : 29 jun 2020.

Turma, Data de Publicação: 15/04/2019)⁸⁸

RECURSO DE REVISTA. RETORNO DOS AUTOS PARA EVENTUAL JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.030, II, DO CPC. JULGAMENTO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 760931/DF. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. FISCALIZAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. ÔNUS DA PROVA. No caso, a responsabilidade subsidiária foi mantida em face da ausência de comprovação de fiscalização do contrato de prestação de serviços pelo ente da Administração Pública, decisão em harmonia com o disposto na Súmula 331, V, desta Corte. **Tal entendimento também está em sintonia com a tese com repercussão geral firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE-760931/DF, pela qual se considerou possível a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas aos empregados das empresas terceirizadas, quando constatada a omissão na fiscalização, sendo vedada a presunção de culpa. Destaca-se que, no julgamento dos embargos de declaração nos autos do RE-760931/DF, o Supremo Tribunal Federal apenas reafirmou o seu entendimento acerca da possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública, não tendo firmado tese processual acerca da distribuição do ônus da prova.** Assim, tendo o Tribunal Regional registrado a ausência de prova produzida pelo ente público quanto à fiscalização das obrigações trabalhistas, restou evidenciada a culpa in vigilando do tomador dos serviços, devendo ser mantida a sua responsabilidade subsidiária, não havendo como enquadrar a hipótese em tela ao previsto no art. 1.030, II, do CPC, o qual permite o juízo de retratação, devendo os autos ser devolvidos à Vice-Presidência desta Corte (grifo nosso)(TST - RR: 16104720125030010, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 11/12/2019, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/12/2019)⁸⁹

Mormente no que tange ao ônus da prova, ao afastar a transferência automática da responsabilidade ao Poder Público contratante na fixação da tese de repercussão geral, os Ministros do STF optaram por não detalhar as exceções que possibilitariam a responsabilização subsidiária por meio da demonstração de culpa.

Os trechos das ementas destacadas traduzem argumentos baseados na inversão do ônus da prova em desfavor da Administração Pública, alicerçada no Princípio da Aptidão para a Prova. Este preconiza a distribuição dinâmica da carga probatória, autorizando a “troca do tradicional ônus estático, devendo recair sobre aquele que puder produzi-la com maior facilidade, com o menor sacrifício, ou sem uma dificuldade excessiva, gerando uma igualdade substancial dos litigantes no processo”.⁹⁰ Encontra-se previsto após as alterações promovidas

88 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 11ª Região. Recurso Ordinário nº00001879020185110019, Relator: Audaliphal Hildebrando da Silva. **Jusbrasil**. 15 abr.2019.Disponível em: <https://trt-11.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860095043/recurso-ordinario-ro-1879020185110019?ref=serp>. Acesso em :01 jul. 2020

89 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 16104720125030010, Relator: Delaíde Miranda Arantes. **Jusbrasil**.13 dez.2019.Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/796129877/recurso-de-revista-rr-16104720125030010?ref=serp>. Acesso em: 01 jul.2020.

90 LARAIA, Maria Ivone Fortunato. Distribuição do ônus da prova no direito processual do trabalho. In: **Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades**. 2. ed. São Paulo : LTr, 2019, p. 208.

pela Lei 13.467/2017 na lei trabalhista, resultando em uma técnica processual sinérgica dos artigos 6º, VIII do CDC, 373, §§ 1º e 2º do CPC/2015 e 818, §§ 1º e 3º da CLT:

Na esteira de tal disposição, tanto o § 1º do artigo 373 do CPC/2015, quanto o § 1º do artigo 818 da CLT, estatuem que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo (previsto estaticamente nos artigos 373, I e 11, do CPC/2015 e 818, I e 11, da CLT) 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.⁹¹

Além disso, verificou-se que alguns tribunais pautaram a atribuição da responsabilidade estatal no não desvencilhamento do ônus que lhe competia ante a ausência de comprovação de fiscalização ou de supervisão suficiente e eficaz do cumprimento das obrigações contratuais e legais da empresa prestadora de serviços, confirmando a *culpa in vigilando* do tomador de serviços.

RECURSO DE REVISTA DA SEGUNDA RECLAMADA-RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONDUTA CULPOSA. ÔNUS DA PROVA. RE 760931. REPERCUSSÃO GERAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. O STF, ao julgar o RE 760.931, Tema nº 246 da tabela de repercussão geral, firmou tese no sentido de que a inadimplência da empresa contratada não transfere ao ente público tomador de serviços a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas e fiscais. A SbDI-1 do desta Corte, por sua vez, no julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281 (julgamento no dia 12/12/2019, acórdão ainda não publicado), manifestou-se no sentido de que o STF, ao decidir a controvérsia relativa à responsabilidade subsidiária, não fixou tese a respeito do ônus probatório da conduta culposa. **Restou assentado, ademais, com suporte nos princípios da aptidão para a prova e da distribuição do ônus probatório, que cabe ao ente público tomador de serviços o ônus probatório da fiscalização do contrato de terceirização de serviços. Ponderou-se que a atribuição do ônus da referida prova ao empregado implicaria a imposição de prova diabólica. Não tendo o ente público tomador de serviços, no caso, observado o seu ônus processual, impõe-se o reconhecimento da sua responsabilidade subsidiária.** Dessa forma, à luz do art. 1.030, II, do CPC/15, refutando a retratação, ratifica-se a decisão que não conheceu do recurso de revista sendo imperiosa a devolução dos autos à Vice-Presidência desta Corte. (grifo nosso) (TST - RR: 15538820115030034, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 03/06/2020, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/06/2020)⁹²

Sob outra perspectiva, confrontam-se julgados em que, tomando como base a tese fixada no RE 760.931/DF, aduzem não ser do ente público o ônus probatório, recaindo sobre o trabalhador provar a falha da Administração Pública na fiscalização contratual, enquanto tomadora dos serviços, conforme se depreende:

91 CESÁRIO, João Humberto. O ônus da prova no processo do trabalho no contexto da lei 13.467/2017 (reforma trabalhista). FACÓ, Maria Lopes; MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos (Coord.). **In: Direito processual do trabalho: novos rumos**. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. p. 93-108.

92 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 15538820115030034. Relator: Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro. **Jusbrasil**. Brasília, 05 jun. 2020 Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/856568001/recurso-de-revista-rr-15538820115030034?ref=juris-tabs>. Acesso em: 29 jun.2020.

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. ACÓRDÃO DO TRT PROFERIDO APÓS A ATUAL REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 331 DO TST. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS RECONHECIDA PELA CORTE REGIONAL SEM PROVA DE CULPA DO ENTE PÚBLICO. VEDAÇÃO CONFORME ENTENDIMENTO DO STF 1 - Recurso de revista na vigência da Lei nº 13.015/2014 e foram preenchidos os requisitos do art. 896, § 1º-A, da CLT . 2 - Aconselhável o provimento do agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista , por provável violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. 3 - Agravo de instrumento a que se dá provimento . II - RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL . ACÓRDÃO DO TRT PROFERIDO APÓS A ATUAL REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 331 DO TST. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS RECONHECIDA PELA CORTE REGIONAL SEM PROVA DE CULPA DO ENTE PÚBLICO. VEDAÇÃO CONFORME ENTENDIMENTO DO STF. 1 - Preenchidos os requisitos do art. 896, § 1º-A, da CLT. 2 - De acordo com a Súmula nº 331, V, do TST e a ADC nº 16 do STF, é vedado o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público com base no mero inadimplemento do empregador no cumprimento das obrigações trabalhistas, e deve haver prova da culpa in eligendo ou in vigilando do tomador de serviços. **3 - Também de acordo com o entendimento do STF, em diversas reclamações constitucionais, não deve ser reconhecida a responsabilidade subsidiária com base na distribuição do ônus da prova em desfavor do ente público, cujos atos gozam da presunção de legalidade e de legitimidade. Por disciplina judiciária, essa diretriz passou a ser seguida pela Sexta Turma do TST , a partir da Sessão de Julgamento de 25/3/2015. Registre-se que no RE-760931/DF, Redator Designado Ministro Luiz Fux (26/4/2017), o Pleno do STF decidiu que não deve ser atribuído ao ente público o ônus da prova nessa matéria .** 4 - Recurso de revista a que se dá provimento . Fica prejudicado o exame do tema remanescente.(TST - RR: 17616920135100014, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 04/10/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/10/2017)⁹³

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. ENTE PÚBLICO. RE 760931 DO STF. REPERCUSSÃO GERAL. Em decisão proferida nos autos da RE nº 760931, em 12/09/2017, de repercussão geral, o STF fixou a tese 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". **À luz do entendimento assentado pelo STF, as culpas in vigilando e in eligendo deverão ser precedidas de prova inequívoca, o que não verifica no caso vertente, pelo que deve ser excluída a responsabilidade subsidiária do ente público pelas verbas objeto da condenação.**(TRT-16 0016877-10.2018.5.16.0003, Relator: MARCIA ANDREA FARIAS DA SILVA, Data de Publicação: 28/06/2019) NO MESMO SENTIDO:(TRT-16 0017135-21.2017.5.16.0014, Relator: MARCIA ANDREA FARIAS DA SILVA, Data de Publicação: 09/08/2019)⁹⁴

93 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 17616920135100014, Relator: Kátia Magalhães Arruda...**Jusbrasil**. Brasília, 06 out, 2017. Disponível em :<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/507703256/recurso-de-revista-rr-17616920135100014?ref=juris-tabs>. Acesso em 03 jul. 2020.

94 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 16º Região. Recurso Ordinário nº 0016877-10.2018.5.16.0003, Relator: Marcia Andrea Farias da Silva. **Jusbrasil**. São Luís, 28 jun.2019. Disponível em: <https://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729270092/168771020185160003-0016877-1020185160003?ref=juris-tabs>. Acesso em: 01 jul.2020.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TST - ÔNUS DA PROVA Ressalvado meu entendimento pessoal, a C. 8ª Turma, no julgamento do TST-ARR-100611-13.2017.5.01.0001, **firmou a tese de que o ônus da prova da conduta culposa da Administração Pública é do trabalhador. A Corte de origem não registra elementos concretos hábeis a evidenciar a conduta culposa do ente público, devendo ser afastada a condenação subsidiária imposta ao Estado-Reclamado.** Recurso de Revista conhecido e provido. (grifo nosso)(TST - RR: 22075820165110008, Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 20/11/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/11/2019)⁹⁵

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. RE 760931 STF. ÔNUS DA PROVA. O tema relativo à responsabilidade subsidiária do ente público foi debatido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 760931, em 26/04/2017, **oportunidade em que se atribuiu ao trabalhador o ônus da prova acerca da falha do ente público, tomador dos serviços, na fiscalização do contrato.** (TRT12 - ROT - 0000067-81.2019.5.12.0052 , Rel. ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO, 1ª Câmara , Data de Assinatura: 02/03/2020)⁹⁶

Assim, as decisões colacionadas refletem a existência de manifestações antagônicas quanto à fixação da culpa *in vigilando*, visto que a falta de consenso nos entendimentos explanados nos votos do julgamento do referido recurso, sobretudo ao longo das manifestações pessoais de alguns ministros, não permitiu fixar uma tese específica a respeito da distribuição do ônus da prova e da abrangência pertinente à adequada do cumprimento das obrigações trabalhistas. Tudo isso conduziu à insuficiente definição do posicionamento da Corte Suprema sobre a questão, não havendo jurisprudência uniforme sobretudo a quem compete o ônus de provar e a delimitação de fiscalização adequada, permanecendo um cenário de insegurança jurídica que compromete a proteção dos direitos sociais dos trabalhadores que descentralizam sua força de trabalho para entidades públicas.

95 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 22075820165110008, Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzz. **Jusbrasil**. Brasília, 22 nov.2020. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/783810614/recurso-de-revista-rr-22075820165110008?ref=juris-tabs>. Acesso em : 02 jul.2020.

96 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 12º Região. Recurso Ordinário nº- 0000067-81.2019.5.12.0052, Rel. Roberto Luiz Guglielmetto. **Jusbrasil**. Florianópolis, 02 mar.2020. Disponível em: <https://trt-12.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/826080233/recurso-ordinario-trabalhista-ro-678120195120052sc?ref=juris-tabs>. Acesso em :03 jul.2020.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, as mudanças provocadas pela globalização na dinâmica capitalista contribuíram para consolidação da terceirização trabalhista como expressiva forma de organização da divisão de trabalho. Sob a perspectiva econômica, busca-se por meio das empresas prestadoras de serviços a redução de custos com a seleção e contratação de pessoal, o aumento de competitividade e produtividade pela oferta de especialização e de eficiência.

Entre outras supostas vantagens, verifica-se nesse regime de emprego uma tendência à precarização da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, fundamentos da República, previstos no artigo 1º da Carta Magna de 1988. Somando-se ao Princípio da Livre Iniciativa, o reconhecimento do trabalho humano constitui pilar da ordem econômica, conforme comando do artigo 170 da CFRB/1988, reforçando a necessidade de intervenção normativa do instituo da terceirização para harmonização do desenvolvimento econômico e da proteção desses trabalhadores.

Diante das aludidas ponderações, tendo em vista o aumento crescente das contratações de serviços terceirizados no âmbito da administração pública, principal temática desta trabalho, e a ausência de legislação específica, ressaltou-se o estudo da atuação jurisprudencial trabalhista balizadora da terceirização, ao estabelecer os contornos da responsabilidade civil do Poder Público , a fim de salvaguardar o direito dos trabalhadores.

Nesse ínterim, a Súmula Nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho destacou-se durante muito tempo como principal instrumento normativo da terceirização trabalhista, sobretudo nos enunciados dos itens V e VI, direcionados ao âmbito estatal. Todavia, a Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993, preconizava em seu art.71, a proibição de transferência para a Administração Pública dos encargos trabalhistas, fiscais, comerciais não quitados pelas empresas prestadoras de serviços.

Tal situação resultava em desequilíbrio regimental, havendo uma diversidade de decisões judiciais conflitantes quanto a atribuição da responsabilidade subsidiária do ente público, conduzindo à intervenção do Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento da Ação de Declaratória de Constitucionalidade Nº 16 em 2010, a qual concluiu pela constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações e pela inviabilidade da imputação automática de responsabilidade às entidades estatais pelo mero inadimplemento de obrigações trabalhistas decorrentes de contrato de prestação de serviços. Contudo, restou ainda assentada

possibilidade de a Justiça do Trabalho, no julgamento do caso concreto, com base no acervo probatório e na interpretação sistemática de normas e princípios do ordenamento jurídico, atribuir responsabilidade subsidiária da Administração Pública por culpa *in elegendo* ou *in vigilando*, quando esta descumpra a obrigação de fiscalização do instrumento contratual.

Com efeito, com a adequação da Súmula 331 do TST ao entendimento da Corte Constitucional no ADC N° 16, esperava-se uma pacificação dos processos trabalhistas quanto a questão em debate. Entretanto, diante do esvaziamento prático deixado quanto à distribuição do ônus probatório relativo aos aspectos configuradores da culpa e das raias para apreciação da prova pelo julgador, ensejou novamente uma manifestação do Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário 760 931/DF.

Nos capítulos finais deste trabalho, analisou-se os principais elementos do julgamento do extenso *leading case*, dotado de amplo debate doutrinário e jurisprudencial acerca do desenvolvimento da terceirização trabalhista. Após as longas divergências apontadas no julgamento do Recurso Extraordinário N° 760.931/DF, o Supremo Tribunal Federal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, fixou em repercussão geral 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”.

Entretanto, apesar de a fixação da sucinta tese referida vislumbra-se novamente a resolução de divergências nos processos que versam sobre a responsabilização dos encargos trabalhistas inadimplidos nos contratos de terceirização com o ente público, não houve “*ratio decidendi*” vinculante quanto à distribuição do ônus probatório e às premissas para apreciação da prova pelo julgador. Tal ponderação reflete-se nas decisões judiciais dissonantes do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho colacionadas.

Verificou-se, enfim, que o entendimento do STF no RE 760.931 apenas reafirmou a decisão do ADC16, malgrado não tenha enfrentado questões importantes. Portanto, permaneceu uma situação insegurança jurídica, sobretudo para os trabalhadores terceirizados, que em razão da prevalência dos valores econômicos ao eximir por vezes a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, embora esta detenha melhores condições de se desincumbir do ônus de provar a inexistência da adequada fiscalização, não têm a garantia de proteção dos direitos individuais e sociais, sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, fundamentais a ordem constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Helder Santos. A Terceirização na reforma trabalhista. **Rev. TST**, São Paulo, vol. 83, n° 4, out/dez 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/128094>. Acesso em: 20 abr.2020.

BIAVASCHI, Magda Barros; SANTOS, Anselmo Luis dos. A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da súmula nº 331 do TST. **Rev. TST**, Brasília, vol.80,n°3,jul/set,2014,p.8.Disponível em:https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/71081/001_santos_.pdfsequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01 jun.2020.

BIAVASCHI, Magda Barros. **A reforma trabalhista no Brasil de Rosa: propostas que não criam empregos e reduzem direitos**. Rev. TST, São Paulo, vol. 83, no 2, 2017.Disponível em : <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/110129>. Acesso em : 16 abri.2020

BIAVASCHI, Magda Barros. A Terceirização e a justiça do trabalho.**Rev. TST**, Brasília, vol. 74,n°4,2008,p.72.Disponível:https://juslaboris.tst.jus.br/bitstreamhandle20.500.12178/5390/004_.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em: 16 de abril de 2020.

BIAVASCHI, Magda. **A dinâmica da súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a história da forma de compreender a terceirização** *in* Trabalho e justiça social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado / Daniela Muradas Reis, Roberta Dantas de Mello, Solange Barbosa de Castro Coura, coordenadoras. -- São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar.2020.

_____. **Decreto- Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF,1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 20 mai.2020.

_____. **Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970**. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. DF, 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5645.htm. Acesso em: 30 mai.2020.

_____.**Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 1993.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 01 jun.2020.

_____. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei n o 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a

terceiros. DF, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: 01 jun.2020.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. DF, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 01 jun.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluzo, Brasília, DF, 24 nov.2010. **Jusbrasil**, [Brasília, DF], nov, 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627841/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-16-df-stf?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 jun.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 760.931**. 2017. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312704677&tipoApp=.pdf. Acesso em: 16 de abril de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 958.252**. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 256**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 04 de abril de 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 257**. Vigilante. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 04 de abril de 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 04 de abril de 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista – Lei 13.467, de 13 de Julho de 2017**. São Paulo: Método, 2017.

CESÁRIO, João Humberto. **O ônus da prova no processo do trabalho no contexto da lei 13.467/2017 (reforma trabalhista)**. FACÓ, Maria Lopes; MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos (Coord.). Direito processual do trabalho: novos rumos. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. p. 93-108.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: Ltr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTR, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil. Com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Goldinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: Ltr, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GABARDO, Emerson ; HACHEM, Daniel Wunder . Responsabilidade civil do Estado, ? faute du service? e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização**. 3. ed. rev. atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.81.

LARAIA, Maria Ivone Fortunato. Distribuição do ônus da prova no direito processual do trabalho. In: **Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades**. 2. ed. São Paulo : LTr, 2019, p. 203-211.

MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2004.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009 .

MEIRELES, Hely Lopes. A responsabilidade civil decorrente da obra pública. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 62, out-dez, 1960, p. 17. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21180/19929>. Acesso em: 01 jun.2020.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo : Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 120, n. 1, abr. 1996, p.12. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/2089>. Acesso em: 25 maio. 2020.

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 Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77,n.2,p.271-307,abr./jun.2011.Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/25345>. Acesso em 5 jun.2020.

Pochman, Marcio. Terceirização desregulada e seus efeitos no mercado de trabalho no Brasil. **Rev. TST**, Brasília, vol. 80, nº3, jul/set 2014.

SEVERO, Souto Valdete; MAIOR, Jorge Luiz Souto. “Reforma” trabalhista não atinge o fim da terceirização da atividade-fim. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Resistência III: o direito do trabalho diz não à terceirização**. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do TST**. Brasília, vol.77, nº 1, jan/mar 2011, p. 64. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/22216/003_viana_marcio.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 mai.2020.