

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**A *RATIO* DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DA  
CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS**

**ANA BEATRIZ FARIAS AMANCIO SOARES**

**Rio de Janeiro  
2019 / 1º SEMESTRE**

**ANA BEATRIZ FARIAS AMANCIO SOARES**

**A *RATIO* DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DA  
CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Mestre Thiago Patrício Gondim**.

**Rio de Janeiro**

**2019 / 1º SEMESTRE**

## FICHA CATALOGRÁFICA

### CIP - Catalogação na Publicação

S676r Soares, Ana Beatriz Farias Amancio  
A ratio da divergência jurisprudencial no âmbito da caracterização da responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas / Ana Beatriz Farias Amancio Soares. -- Rio de Janeiro, 2019.  
106 f.

Orientador: Thiago Patrício Gondim.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Terceirização. 2. Administração pública. 3. Responsabilidade subsidiária. 4. RE 760.931/DF. 5. Flexibilização. I. Gondim, Thiago Patrício, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

**ANA BEATRIZ FARIAS AMANCIO SOARES**

**A *RATIO* DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DA  
CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Mestre Thiago Patrício Gondim**.

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**  
**2019 / 1º SEMESTRE**

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar a terceirização de serviços (subcontratação de serviços), diferenciando-a de institutos semelhantes, tendo por objeto o estudo do mecanismo aplicado à Administração Pública e a consequente responsabilização subsidiária (secundária) do poder público - na qualidade de tomador de serviços - pelas obrigações trabalhistas do empregado que presta serviços em suas dependências físicas, demonstrando-se a construção jurídica do fenômeno até o julgamento paradigmático do Recurso Extraordinário 760.931/DF pelo Supremo Tribunal Federal. Tal julgado, com repercussão geral conhecida, vinculará as decisões prolatadas pelos demais órgãos do poder judiciário visando a pacificação da temática, o que denota relevância social tendo em vista a numerosa quantidade de reclamações trabalhistas sobre o tema. Neste sentido, será analisada a responsabilização civil do Estado quanto às obrigações trabalhistas decorrentes do contrato de prestação de serviços firmado para fins de terceirização e a condição do trabalhador nesta situação de flexibilização do trabalho humano, amparando-se na legislação pátria, doutrina especializada e jurisprudência.

**Palavras-chave:** Terceirização; Administração Pública; Responsabilidade civil; RE 760.931/DF; Flexibilização;

## **ABSTRACT**

This present study aims to analyze the outsourcing of services (subcontracting services), differentiating it from similar institutes, with the object of studying the mechanism applied to the Public Administration and the consequent subsidiary (secondary) accountability of the public power - as the borrower of services - by the labor obligations of the employee that provides services in its physical dependencies, demonstrating the legal construction of the phenomenon until the paradigmatic judgment of Extraordinary Appeal 760.931 / DF by the Federal Supreme Court. Such a judgment, with a general repercussion known, will link the decisions issued by the other organs of the judiciary with a view to pacifying the issue, which shows social relevance in view of the large number of labor claims on the subject. In this sense, the civil responsibility of the State will be analyzed regarding the labor obligations arising from the service contract signed for outsourcing purposes and the condition of the worker in this situation of flexibilization of human labor, based on the country's legislation, specialized doctrine and jurisprudence.

**Keywords:** Outsourcing; Public Administration; Civil Liability; RE 760.931/DF; Flexibilization;

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 O TRABALHO HUMANO .....	11
2 O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO.....	16
2.1 Terceirização e intermediação de mão de obra .....	19
2.2 O trabalho temporário.....	24
2.3 Perpetuação do instituto <i>terceirizante</i> e o <i>precariado</i> .....	26
3 REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO .....	32
3.1 Terceirização na Administração Pública .....	42
3.2 Terceirização por contratos de prestação de serviços.....	48
3.3 A responsabilidade trabalhista da Administração .....	52
4 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931/DF.....	65
4.1 O julgamento do paradigma .....	65
4.2 O posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.....	73
4.3 A tese de repercussão geral .....	90
CONCLUSÃO.....	97
REFERÊNCIAS .....	103

## INTRODUÇÃO

É notório que, atualmente, a *terceirização*<sup>1</sup> é um fenômeno mundial que se apropriou de quase todas as atividades e formas de trabalho, seja na área urbana, rural, industrial, comercial, de serviços, bem como nos setores público – constituindo o objeto do presente trabalho - e privado, manifestando-se em diversas modalidades, amparado pela legislação, doutrina e jurisprudência.

Tal fenômeno seria, neste aspecto, uma prática resultante da própria evolução do capitalismo – principalmente da ascensão neoliberal – ao longo das décadas e da dinâmica modificação provocada por ele nas relações de trabalho.

Com o mecanismo popularizado, empresas em geral o utilizam sob o argumento da redução de custos, sendo que é difícil defender o suposto ganho de produtividade e eficiência da *terceirização*, principalmente no âmbito da administração pública, uma vez que a exploração do trabalho humano, sobretudo, a responsabilização pelas obrigações trabalhistas desta contraprestação, como se verá, resta banalizada.

O direito do trabalho, que se impõe à medida da regulação da exploração do trabalho humano na relação entre empregado e empregador – legitimando este liame –, protege a parte hipossuficiente, qual seja, o trabalhador, ressalvando, contudo, que este *não seria um coitado*<sup>2</sup>.

No contexto da relação de trabalho *terceirizada*, há que se falar na ocorrência de contratação de trabalhadores através de empresa que *terceiriza* (ou seja, aquela que é contratada para prestar serviços à outra empresa, que seria a chamada “tomadora dos serviços”), sendo esta a empregadora do trabalhador e a responsável direta pelos encargos trabalhistas decorrentes da execução do contrato de prestação de serviços.

---

<sup>1</sup> Tal vocábulo é um neologismo à brasileira e será detalhado em capítulo próprio.

<sup>2</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. O Direito do Trabalho não trata o trabalhador como “coitado”. In: Fernanda Giorgi; João Gabriel Lopes; Thiago Agostinho; Valeir Ertle (orgs.). O Golpe de 2016 e a reforma trabalhista: narrativas de resistência. 1. ed. Bauru: Canal 6, 2017. p. 173-178.



Nesta perspectiva, caso a empregadora (prestadora de serviços) não cumpra com as obrigações devidas ao trabalhador, a outra (tomadora de serviços) poderá ser responsabilizada, de forma subsidiária, de acordo com previsão legal, bem como entendimento jurisprudencial, dependendo da efetividade do resultado jurisdicional, tendo em vista a apreciação da reclamação proposta pelo desamparado.

*In casu*, a questão do trabalhador fica extremamente agravada caso a Administração Pública seja a tomadora dos seus serviços, pois, além da posição suprema do poder público ocupada nas relações firmadas com particulares, sua responsabilização subsidiária pretende meios de prova quase incontestáveis.

O direito do trabalho, por sua vez, conferirá ao trabalhador proteção na regulação desta relação de trabalho através das normas, regras e princípios, os quais serão analisados ainda neste estudo.

O dogma da contenção de gastos será desconstruído ao longo da pesquisa, pois a precarização das condições envoltas ao trabalho desempenhado pelo *terceirizado* o deixará à mercê do apelo judicial para que receba os direitos devidos em razão do labor empenhado nas dependências físicas de determinado ente público (tomadora de seus serviços) diante do inadimplemento do empregador.

Trata-se de tema polêmico perante o exercício da jurisdição estatal, entre os próprios jurisdicionados e a sociedade civil como um todo, tendo em vista que a interpretação do instituto *terceirizador*, muitas vezes, como veremos, esbarra em óbices constitucionais em especial às garantias individuais do trabalhador.

A *terceirização*, principalmente no caso brasileiro, tem atingido proporções significativas tomando por base métodos de gerenciamento e estruturação de empresas, conforme atuação no mercado, pensando-se na lógica do capital. Por outro lado, que visa a condição humana do empregado *terceirizado*, muito se discute acerca da precarização de uma relação de trabalho a partir de então.

De forma contínua e gradual, alarmada, sobretudo, pela *Reforma Trabalhista*<sup>3</sup>, a legislação brasileira amoldou-se aos anseios do “desenvolvimento econômico” em flexibilizar os direitos dos trabalhadores.

A *terceirização*, apesar das recentes alterações legais, persiste em diferenciar trabalhadores *terceirizados* e não *terceirizados*, inviabilizando os primeiros diante de um sistema de produção em massa, que visa o lucro.

Dentre as inúmeras mazelas envolvendo os trabalhadores *terceirizados*, a mais recente encontra-se frente à interpretação do Supremo Tribunal Federal no acórdão proferido no Recurso Extraordinário (RE) nº 760.931, de origem do Distrito Federal, prolatado em 26 de abril de 2017, onde se firma entendimento sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em contratos de *terceirização* de serviços.

Por isso, a presente pesquisa se direciona no sentido de analisar os reflexos decorrentes das atuais modificações e avanços legais, jurisprudenciais e, também, doutrinários acerca da *terceirização* de serviços no âmbito da Administração Pública, tendo por fim a análise do RE 760.931/DF para extrair a *ratio decidendi*<sup>4</sup> deste paradigma, inclusive em sede de Repercussão Geral, tendo em vista que vinculará todos os jurisdicionados em casos semelhantes, não se podendo ignorar que a lide em referência pondera um dos valores sociais mais caros à condição humana e sua subsistência.

---

<sup>3</sup> Mudança significativa na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), instrumentalizada, inicialmente, pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, “a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho”. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm)>.

<sup>4</sup> “A *ratio decidendi* ou o *holding* de uma decisão corresponde a uma descrição do entendimento adotado pela corte como a premissa necessária ou adequada para decidir o caso concreto, à luz das razões invocadas pela maioria. Este é o teor que vinculará o julgamento de casos futuros semelhantes. Sua identificação pressupõe a avaliação dos fatos relevantes da ação, da questão jurídica posta em juízo, dos fundamentos da decisão e da solução determinada pela corte”. (BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello; *Trabalhando com uma nova lógica: Ascensão dos precedentes no direito brasileiro*, p. 45. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em 03 de junho de 2019)

## 1 O TRABALHO HUMANO

A circulação de capital e mercadorias, no que tange à propriedade e acúmulo de riquezas, implica, necessariamente, na legitimação da exploração do trabalho humano - em observância ao tripé terra, capital e trabalho -, pois não se mostra concebível a existência de uma mercadoria à disposição dos detentores dos meios de produção sem a presença do Direito do Trabalho<sup>5</sup>.

Importa realçar, neste sentido, a preocupação significativa com os direitos fundamentais no Brasil e com a valorização da dignidade da pessoa humana, na medida em que estão tutelados e declarados no Texto Constitucional.

Barcellos (2002, p. 155 *et seq.*) classifica os princípios no sistema constitucional por níveis, normas, princípios, subprincípios e regras. Lançando no nível I, o preâmbulo, no qual se extrai a condição de Estado Democrático de Direito, a qual assegurará os exercícios dos direitos sociais, dentre eles, o trabalho e seu valor, assim como os individuais.

Após esse ponto de partida, a autora (BARCELLOS, 2002) aponta que a dignidade da pessoa humana está insculpida no art. 1º, incisos I e III. O art. 170, caput, traz que a “Ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna”. Nesse primeiro nível, no parágrafo 7º do art. 226, que tem por escopo a família, vê-se novamente presente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sarlet não difere em nada, quanto a essa linha de entendimento, pois assegura que:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, **a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de direito** (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso constituinte de 1988 – exemplo do que ocorreu entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, **reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em**

---

<sup>5</sup> A Declaração de Filadélfia da Conferência da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada em 1944, garantiu que “o trabalho não é uma mercadoria”.

**função da pessoa humana**, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua [...]. (SARLET, 2011, p. 68) (grifo nosso)

Vê-se, neste sentido, que a Constituição Federal claramente estruturou as bases de um Estado Social e Democrático de Direito, priorizando a dignidade da pessoa humana como fundamento e o primado do trabalho e da justiça social como princípios norteadores da ordem econômica e social.

Delgado e Delgado (2012) esclarecem que os direitos trabalhistas resultam de lutas e reivindicações sociais ao longo da história, o que se relaciona aos direitos fundamentais sociais. Neste sentido, os direitos trabalhistas possuem uma dimensão dupla e combinada, que está bem reconhecida na estrutura normativa da Constituição, fazendo, inclusive, oportuna correlação com a preservação da dignidade da pessoa humana:

[...] Sob a ótica da pessoa humana que vive do trabalho, especialmente o trabalho empregatício, tais direitos são o principal instrumento de concretização dos princípios, valores e regras constitucionais de prevalência da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e, particularmente, do empregado, a subordinação da propriedade à função social, da efetivação da justiça social e da democratização da sociedade civil. Sob a ótica dessa mesma pessoa humana individual, mas também da comunidade de trabalhadores, de parte majoritária da sociedade e das famílias brasileiras, sob a ótica ainda do Estado e suas decisivas políticas públicas, são direitos sociais, ou seja, um universo fundamental de realização, no plano mais amplo da economia e da sociedade, daqueles princípios, valores e regras tão bem acentuados pela Constituição.

Esses direitos e garantias individuais e sociais, por isso mesmo, integram o Título II do Texto Máximo, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

São dessa maneira parte componente do núcleo inexpugnável da Constituição, na qualidade de direitos e garantias fundamentais [...]. (DELGADO; DELGADO, 2012, p. 49)

O Estado Social nascido no século XX, como consequência do clamor das massas e dos desafios econômicos postos a seu cargo, é o Estado Social Material, um modelo de Estado historicamente determinado pelo fim da Segunda Guerra Mundial,

internacionalização dos direitos humanos, cujo objetivo se escora na superação do neutralismo e formalismo do Estado Liberal (SILVA, 2006).

O adjetivo “social”, dessa maneira, refere-se “à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social” (SILVA, 2006, p. 119).

Assim, na perspectiva do Estado adjetivado como “social”, cujo objeto reveste os cidadãos de direitos e autonomia, o direito do trabalho – entendendo-o como instrumento de garantias -, serve para, em termos sustentáveis, que haja exploração da mão de obra, sendo um limite e, ao mesmo tempo, a legitimação da exploração de recursos humanos e dos seres humanos, além de evitar que a mão de obra pereça completamente.

Neste sentido, a sujeição de uma pessoa (trabalhador) a outrem (empregador) deve, então, ser legitimada objetivamente e não subjetivamente, para que esta ocorra sobre o trabalho humano e não sobre o ser humano, tendo em vista que o trabalho subordinado deve ser explorado limitadamente, havendo patamares mínimos de dignidade diante da ambivalência e ambiguidade do direito do trabalho – conquista e concessão.

Carelli complementa de maneira primorosa que:

O direito do trabalho traz, desde o seu nascimento, os traços característicos de sua ambiguidade ou ambivalência inata, qual seja a de que se é verdade que é fruto de conquista dos trabalhadores, ao mesmo tempo representa concessão controlada dos empregadores. Os empregadores, após um primeiro momento de susto e aversão, acostumados com a hiperexploração do ser humano trabalhador permitida pela ideologia do liberalismo – e a sua ficção do “trabalho livre” –, perceberam a necessidade de que fossem “cedidos os anéis para não perderem os dedos”; ou seja, vem o direito do trabalho, no fim do século XIX e no alvorecer do século XX, para ser um instrumento de legitimação da exploração da mão de obra sob o sistema capitalista no Estado. (CARELLI, 2013, p. 233)

Sabe-se que o Estado é quem deve garantir a aplicação e a imposição da regulação, já que as bases do direito trabalhista supõe uma rede de proteção ao trabalhador, pois enquanto ele está laborando, toda essa forma com que ele trabalha é regulada e protegida pelo Estado.

A lógica da política estatal da seguridade social pretende que haja um mínimo para a própria existência dos seres humanos. Nesta linha, Carelli aponta que:

Obviamente, ao lado do direito do trabalho como ponto mais cru e direto do pacto civilizatório, fazem parte desse pacto de maneira mais abrangente e mediata o direito previdenciário (tanto na parte de seguridade quanto de assistência social), os direitos e garantias fundamentais, a prestação de serviços públicos básicos pelo Estado como a educação e a saúde. (CARELLI, 2013, p. 237)

Tal proteção tem entre os seus pilares o princípio da não mercantilização do trabalho, uma vez que o trabalho humano não é mercadoria, mas elemento essencial à dignidade da pessoa humana e sua proteção é fundamento do Estado Democrático de Direito à luz da Constituição Federal.

Ocorre que com o avanço das trocas comerciais juntamente ao capitalismo financeiro e conseqüente produção massificada, impôs-se verdadeira flexibilização e variadas formas de contratação de pessoal tendente à satisfação das demandas por serviços emergentes e “contínuos”.

Viana (2009, p. 145) acerta quando diz que hoje, no entanto, a mesma contradição que fez nascer o sindicato, e que por suas mãos deu vida e efetividade ao Direito, começa a ser superada. E uma das razões – provavelmente a maior – é a *terceirização*. Ela viaja alguns séculos no tempo, para voltar – revigorada - em suas duas versões. Ou seja, a fragmentação do trabalho quando se *terceiriza* é a fragmentação da própria classe que trabalha, revelando-se uma técnica de poder.

Sob este prisma, as “novas formas” de contratação de pessoas humanas para fins de realização de determinado trabalho desemboca no fenômeno da *terceirização*, que será explicitado a seguir no intuito da classificação do instituto.

Objetiva-se, ainda, uma análise sob a ótica da realidade, ressaltando a máxima da primazia da realidade sobre a forma nos contratos de trabalho - princípio *mor* na seara trabalhista, juntamente ao princípio da proteção - com enfoque na ocorrência daquele nas contratações da administração pública como tomadora de serviços<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Previsão no art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

## 2 O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO

Inicialmente, há que se explorar o termo *terceirização*, uma vez que sinteticamente encobre a subcontratação de serviços, e que denota lógica própria.

Nesta esteira, Carelli aduz que tal nomenclatura indica tudo e nada ao mesmo tempo:

Indica nada, pois, se tomado ao pé da letra, indicaria a entrega a “terceiro” de atividades que seriam realizadas por uma empresa. Ora, se a atividade é entregue a “terceiro”, quem seria o segundo? Indica tudo, pois, termo brasileiro de nascença e utilização, demonstra a real intenção do empresariado brasileiro no repasse a “terceiro”, no sentido de “outro”, da posição de empregador na relação empregatícia (e consequentemente da responsabilidade sobre os encargos e direitos trabalhistas) com seus empregados. (CARELLI, 2014, p. 58-59)

No entanto, o autor (CARELLI, 2014, p. 59) acresce que, mundialmente, o fenômeno não é assim denominado. Em Portugal o termo empregado é o da subcontratação; Nos Estados Unidos é entendido como *outsourcing*; Na França por *sous-traitance* ou *extériorisation*; Na Itália *subcontrattazione*; e na Espanha *subcontratación*. Do mesmo modo, todas essas denominações, exceto a brasileira, demonstram a existência de um contrato civil de entrega de atividades à outra empresa.

Primeiramente, vale destacar a definição que Delgado (2017, p. 502) emprega acerca de tal fenômeno, pois, na visão do autor, seria um neologismo que deriva da palavra terceiro, cuja interpretação se refere mais a um intermediário que a alguém estranho a uma determinada relação jurídica entre duas ou mais partes, sendo que tal neologismo criou-se fora da cultura jurídica, enfatizando, sobretudo, a descentralização empresarial de atividades para outrem - um terceiro à empresa.

Nesta perspectiva, explana (DELGADO, 2017, p. 502) que a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente, tendo em vista que o trabalhador se insere no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.



O autor reforça (DELGADO, 2017) que a *terceirização* provoca uma relação trilateral em face da contratação de pessoas no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a “empresa terceirizante”, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; e a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor (tomando-a), mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

A *terceirização*, nas palavras de Carrion (2009, p. 307), constitui um ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais) para que esta a realize habitualmente com empregados desta. O autor complementar ainda que transporte, limpeza e restaurante são exemplos típicos para enquadramento da forma lícita do instituto.

Cassar (2017, p. 470) ensina que na *terceirização* o vínculo empregatício se forma com o empregador aparente, qual seja, a prestadora de serviços, desde que regular, ou seja, nos casos previstos em lei ou naqueles em que os requisitos formadores da relação de emprego entre o tomador e o trabalhador não estiverem presentes. Caso contrário, o vínculo de emprego será sempre com o “real” empregador (tomador)<sup>7</sup>.

Assim, a *terceirização* seria a relação trilateral formada entre trabalhador, prestador de serviços (empregador aparente, formal ou dissimulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), não confundindo o empregador real com o formal.

Leite (2017, p. 338), por sua vez, sustenta que a *terceirização* é um procedimento adotado por uma empresa que, no intuito de reduzir os seus custos,

---

<sup>7</sup> A exceção seria quando o tomador dos serviços ora prestados for ente da Administração Pública, na forma do Art. 37, Inciso II, da CF/88. *In verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

umentar a sua lucratividade e, em consequência, sua competitividade no mercado, contrata outra empresa que, possuindo pessoal próprio, passará a prestar aqueles serviços que seriam realizados normalmente pelos seus empregados, advertindo que a legalidade ou não de tal processo depende do ordenamento jurídico de cada Estado.

Há duas formas de *terceirizar* a atividade empresarial, isto é, através da subcontratação integral e a subcontratação parcial. Neste sentido:

A subcontratação integral ocorre quando a empresa subcontratada não fornece apenas mão-de-obra, ou seja, não reserva ao tomador dos serviços o poder de comandar os trabalhadores fornecidos. Em vez disso, a empresa subcontratada assegura a execução do serviço ajustado e exerce, não raro através de prepostos, o poder diretivo sobre a prestação de trabalho de seus próprios empregados, mesmo quando estes laboram no estabelecimento da empresa tomadora dos serviços. Na subcontratação parcial, o tomador dos serviços exerce poder de comando sobre a prestação de trabalho desenvolvida pelos empregados da empresa subcontratada. (CARVALHO, 2016, p. 147)

Diante disto, a subcontratação integral ocorre quando a empresa subcontratada fornece mão de obra (força humana) e o titular desta empresa dirige a prestação de trabalho dos trabalhadores fornecidos à tomadora (como exposto, a empregadora aparente). Já a parcial seria aquela em que o tomador dos serviços dirige a própria prestação laboral dos trabalhadores fornecidos pela empresa subcontratada, o que seria, de imediato, imoral e favorável à lógica dissimulada do mecanismo.

A subcontratação parcial é ilícita e, quando acontece, podem os trabalhadores exigir, perante a Justiça do Trabalho, o reconhecimento de vínculo diretamente com a empresa tomadora dos serviços, salvo na hipótese de trabalho temporário (item I da Súmula 331 do TST<sup>8</sup>, o qual analisaremos no decorrer deste estudo) e naqueles em que figura como tomador dos serviços algum órgão da administração pública direta, indireta ou fundacional (CARVALHO, 2016).

---

<sup>8</sup> *In verbis* ITEM I da Súmula n. 331 do TST: “A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).”

Nesse último caso, o vínculo de emprego com a Administração deixa de se estabelecer pela simples razão de os empregos públicos serem providos apenas mediante concurso.

Volia (2017, p. 471) pontua que a subcontratação de empregados contraria a finalidade do direito, seus princípios e sua função social e, por isso, deve constituir exceção, pois a relação de emprego, em geral, se forma diretamente com o tomador dos serviços, ou seja, com o empregador natural e real, uma vez que a relação bilateral é a regra e a trilateral (*terceirização*) exceção, devendo ser interpretada de forma restritiva.

A chamada subcontratação parcial refere-se à intermediação de mão de obra. Alguns autores, como a supracitada, não fazem distinções entre terceirização e intermediação de mão de obra, pois na prática seriam iguais, tratando-a como espécie do gênero *terceirização*.

Em razão do objeto do presente trabalho, faz-se necessária a diferenciação entre os institutos, uma vez que se trata de atividade laborativa exercida por seres humanos.

## **2.1 Terceirização e intermediação de mão de obra**

Sustenta-se que na intermediação de mão de obra “haveria mero fornecimento temporário de trabalhador, com fim específico, ferramentas e instrumentos da empresa temporária; e na terceirização a prestação de serviços pode ser permanente, com ferramentas da empresa contratante” (CASSAR, 2017, p. 470).

Carelli (2014, p. 95) leciona que diante dos elementos que possibilitam a constatação da subordinação jurídica na relação trabalhista, do mesmo modo, há três elementos e/ou indícios que poderiam detectar a ocorrência de mera intermediação de mão de obra em uma relação de trabalho: (i) gestão do trabalho pela tomadora de serviços; (ii) especialização da prestadora de serviços; e (iii) prevalência do elemento humano no contrato de prestação de serviços.

Em relação ao primeiro elemento apontado pelo autor:

A gestão do trabalho, isto é, a determinação do modo, tempo e forma que o trabalho deve ser realizado, é o indicador mais perfeito da existência de subordinação jurídica. Assim, a constatação da gestão ou organização do trabalho por parte do tomador de serviços, deixa clara a existência de uma interposição de empresa para fuga do vínculo jurídico empregatício direto com os trabalhadores. (CARELLI, 2014, p. 95)

O outro elemento indicador de mão de obra é a prevalência do elemento humano na prestação de serviços, o que se verifica:

[...] No caso concreto, deve-se verificar se o objeto contratual se satisfaz com o mero emprego de mão de obra, ou se há a necessidade de um conhecimento técnico específico e uma estrutura de apoio operacional com utilização de meios materiais próprios para a execução do contrato. Se, por outro lado, o objeto contratual se encerrar na prestação de trabalho pelos empregados do contratante, estaremos provavelmente frente a uma intermediação de mão de obra.

Para a existência de uma verdadeira terceirização é necessária a utilização, por parte da empresa contratada, de meios materiais próprios para a execução do serviço. Se, ao contrário, a empresa contratada utilizar-se dos materiais fornecidos pela empresa contratante, haverá fortíssimo indício de mera intermediação de mão de obra. (CARELLI, 2014, p. 105)

O autor (CARELLI, 2014) exemplifica tal elemento através de uma empresa que terceiriza seu transporte, seja de pessoal ou serviço, contudo, os meios de transporte (ônibus, carros, dentre outros) são fornecidos pela própria empresa contratante, o que indica que o interessante para a mesma se consuma no trabalho pessoal dos empregados da empresa contratada, que serão postos à disposição e apropriação do respectivo trabalho pela tomadora.

Quanto à especialização da Empresa Contratada:

Este indicador decorre do próprio conceito de terceirização, que, convém lembrar, é a entrega de serviços a empresa especializada que melhor realizaria aquele serviço, concentrando a terceirizante naquilo que sabe fazer melhor.

Mas não basta qualquer tipo de especialização. A empresa contratada tem, conforme Le Goff, que deter um saber-fazer específico, distinto daquele que detém a contratante. (CARELLI, 2014, p. 102-103)

Argumenta-se que o mecanismo da intermediação é uma porta aberta para as fraudes, e, por tal motivo, tão repudiada e em geral proibida, sendo ilegal e ilegítima perante o sistema jurídico e social trabalhista (CARELLI, 2014).

Neste prisma, o intermediador seria um fornecedor de seres humanos, como se produtos fossem: “com a intermediação de mão de obra, o vínculo trabalhista volta a ter nítida feição contratual simples, troca e venda pura (ou aluguel), pondo por terra todo o aperfeiçoamento no entendimento sobre o trabalho humano” (CARELLI, 2014, p. 115).

Neste contexto, a empresa intermediadora de mão de obra colocaria seus trabalhadores nas empresas tomadoras (que podem ser chamadas de clientes), objetivando, às últimas, reduções de custo com pessoal e maior rentabilidade econômico-financeira:

Com a intermediação de mão de obra, de uma vez por todas, é tratado o trabalho não mais como uma relação, mas sim como uma mercadoria, a ser vendida pelo preço de mercado, posição aviltante em que, transformado em mercadoria sabidamente abundante e descartável, pode chegar a limites extremos de valorização ínfima. (CARELLI, 2014, p.116)

Na visão de alguns (CARVALHO, 2016), a subcontratação parcial, em alusão ao item I da Súmula 331 do TST, se daria por empresa interposta, tendo em vista que o serviço é prestado, no plano fático, do trabalhador para a tomadora dos serviços, quando que, na realidade, esta última exercerá sobre ele, ordens, configurando verdadeira relação de emprego (entre a tomadora e o trabalhador – subordinação jurídica).

A aludida Súmula explana que tal contratação é ilícita, o que ocasionaria no reconhecimento do vínculo empregatício entre a tomadora dos serviços (verdadeiro empregador no viés da realidade sobre a forma) e o trabalhador.

Em seu enunciado, no entanto, há exceção quanto ao trabalho temporário, sendo este a única forma juridicamente válida de se estabelecer intermediação de mão de obra

no ordenamento nacional, o que impediria o reconhecimento do vínculo de emprego, já que a gestão do trabalho fica a cargo da tomadora dos serviços (subordinação jurídica do trabalhador perante a tomadora dos serviços).

Dentre as alterações promovidas na Lei 6.019/1974 – normativo que regulava apenas o trabalho temporário -, oriundas das Leis nº 13.429/2017<sup>9</sup> e nº 13.467/2017<sup>10</sup>, uma das diferenciações apontadas entre a terceirização e a intermediação de mão de obra ocorria através das atividades laborativas passíveis (atividades-fim e atividade-meio) de enquadramento nestes tipos de prestação e intermediação de serviços.

Neste ínterim, a Lei 6.019/1974 passa a regular tanto o trabalho temporário quanto a terceirização de serviços em geral, sendo novidade a previsão legal da última.

Os novos diplomas escancaram a possibilidade de terceirização e intermediação de mão de obra (trabalho temporário), inclusive, na atividade-fim da empresa contratante, o que, quanto à intermediação temporária, já era consentido por boa parte da doutrina nacional, porém limitado pelo Ministério do Trabalho, que vinha autuando as empresas que a fazia (VOLIA; BORGES, 2017).

A terceirização geral, antes das referidas alterações normativas, só era permitida para os fins das atividades-meio, sobretudo porque o art. 4º-A da Lei 6.019/1974 (incluído pela Lei 13.429/2017) dispunha que a empresa prestadora de serviços deveria prestar serviços “determinados e específicos”, ou seja, preservando o objeto social da empresa (desempenho de sua atividade principal) e o próprio trabalhador como pessoa humana.

Atualmente, a nova redação (oriunda da Lei nº 13.467/2017) do art. 4º-A, caput, do diploma supramencionado, permite o uso da terceirização de forma irrestrita, *in verbis*:

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Conhecida como “Reforma Trabalhista”. 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.

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.

A reforma trabalhista produziu e tem produzido inúmeras manifestações e protestos na comunidade acadêmica, principalmente, no tocante à terceirização para além dos marcos jurisprudenciais, o que contradiz os princípios norteadores do direito do trabalho e sua própria função:

Terceirizar a atividade-fim pode colocar em risco a qualidade dos serviços oferecidos, pois executados por trabalhadores que não são subordinados ao tomador. Quando o tomador não dirige e não comanda o trabalho executado por seus trabalhadores, o serviço final não sai com a qualidade que deveria ter, principalmente se estiver relacionado com sua atividade-fim. Sofre o trabalhador, o consumidor e a sociedade em geral. (VOLIA; BORGES, 2017, p.87-88)

[...] a matriz constitucional de 1988 e a matriz internacional imperativa no ordenamento jurídico brasileiro, que fixam os parâmetros para a interpretação de regras de legislação ordinária no País, não observam a ideia de terceirização desenfreada, sem peias, absolutamente descontrolada. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 209)

Outra diferença entre os institutos supracitados pode ser visualizada na medida em que a intermediação de mão de obra é praticada pela empresa de trabalho temporária, registrada junto ao Ministério do Trabalho, conforme previsão legal no dispositivo em comento, e a *terceirização* é executada a partir da empresa prestadora de serviços, que não precisa ter o registro.

Vale dizer que a vedação à intermediação da mão de obra (gênero) é interpretada conforme a Súmula 331 do TST, em seu Item I. Já o trabalho temporário (espécie de intermediação), bem como terceirização de serviços são regulados, atualmente, pela Lei 6.019/1974, combinando-se às disposições da Súmula abordada, quando aplicáveis.

Inclusive, há previsão legal para a responsabilização subsidiária do tomador quanto às obrigações trabalhistas do obreiro inadimplidas pela empresa de trabalho

temporário (art. 10, §7º, da Lei 6.019/1974)<sup>11</sup>, bem como pela prestadora de serviços (art. 5º-A, §5º)<sup>12</sup>, o que vinha sendo interpretado pela jurisprudência à luz da Súmula 331 do TST, diante de lacuna normativa.

A terceirização generalizada se fortifica na medida em que a nova lei possibilita a *terceirização* através da empresa que terceiriza, isto é, podendo haver subcontratação de serviços de outra por aquela que já terceiriza<sup>13</sup>.

Tal medida seria um verdadeiro absurdo, pois se admite a chamada *quarteirização*. Isto é, “uma empresa tomadora contrata uma empresa para que esta contrate outra para contratar empregado para colocar na tomadora” (CASSAR; BORGES, 2017, p. 88).

Em sede de comentários à reforma trabalhista, informam Cassar e Borges (2017, p. 89) que apesar de regulamentada a terceirização geral por empresas prestadoras de serviço, que não se confundem com as empresas de trabalho temporário, ambas poderão terceirizar atividade-meio e atividade-fim, todavia, o trabalho temporário dará ao trabalhador mais garantias que a terceirização em geral.

## 2.2 O trabalho temporário

Há quem confunda trabalho temporário (intermediação de mão de obra) - sendo esta a única subcontratação de serviços legalizada no Brasil - com a *terceirização* de serviços pelas semelhanças entre os institutos, o que não procede tendo em vista que de acordo com a Lei 6.019/1974, no labor temporário, há uma relação composta por três pessoas, que gera, entre elas, vínculos jurídicos distintos e independentes, inconfundíveis entre si.

---

<sup>11</sup> Art. 10: [...] § 7º A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

<sup>12</sup> Art. 5º-A: [...] § 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. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

<sup>13</sup> Lei nº 6.019/1974. Art. 4º-A: [...] § 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, **ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.** (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017) (grifo nosso)



A relação de trabalho temporário seria, então, desenvolvida entre uma empresa tomadora de serviços (ou empresa cliente), uma empresa de trabalho temporário e o trabalhador, que prestará seus serviços de modo temporário.

Há, portanto, uma intermediação da mão de obra, que também rompe com a tradicional simetria da relação mantida entre empregado e empregador (princípio da *ajenidad*).

Contudo, a grande diferença entre a intermediação de mão de obra e a subcontratação de serviços, leia-se *terceirização*, deriva das hipóteses em que se permite à primeira - apenas -, sob tipificação legal, enquadramento nos casos de necessidade de substituição transitória de pessoal permanente do tomador de serviços ou à demanda complementar de serviços<sup>14</sup>.

Vale destacar a distinção entre o trabalho temporário e o trabalhador por prazo determinado:

O trabalhador temporário não se confunde com a figura do trabalhador admitido a prazo, por curto período, pela própria empresa tomadora de serviços (por contrato de temporada, por exemplo). Este último é empregado clássico, firmando relação de emprego com o tomador real de seu trabalho, regendo-se integralmente pela CLT e não pela Lei n. 6.019/74. As regras de seu contrato a termo estão insculpidas nos arts. 443 e 445 da CLT, por exemplo, ao passo que o temporário tem sua relação de emprego firmada com a empresa de trabalho temporário e não com o tomador real de seus serviços, submetendo-se, ademais, à regência normativa da Lei n. 6.019. (GODINHO, 2017, p. 528)

Com a nova redação conferida à Lei 6.019/1974, o trabalho temporário para o trabalhador rural também passou a ser permitido e “a mudança trará consequências drásticas para o meio rural, pois barateará ainda mais essa mão de obra tão sofrida e explorada” (CASSAR; BORGES, 2017, p. 86).

---

<sup>14</sup> Art. 2º Trabalho temporário é 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. (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017)

Importante frisar que a empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços no âmbito do trabalho temporário, tanto quanto na *terceirização*, sendo que esta última relação perfaz o objeto do presente estudo combinada com a referida responsabilização na seara das contratações pelas entidades da administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional.

### **2.3 Perpetuação do instituto *terceirizante* e o *precariado***

Torna-se comum situar a *terceirização* como algo recente ou como invenção do presente século, pois é frequentemente apresentada à sociedade como sendo uma moderna técnica de organização da produção, além de sua imprescindibilidade às circunstâncias do mundo globalizado e competitivo.

Neste sentido, Carelli (2013, p. 239) aclara o equívoco em pensar no fenômeno da *terceirização* como algo recente ou inovador:

Vende-se como novo algo que não é tão inédito assim. Em verdade, não há nenhum ineditismo. De fato, a técnica da *terceirização* não advém da recente reestruturação produtiva conhecida como toyotismo. Trata-se, em verdade, de uma recauchutagem de instrumento que data do início da própria Revolução Industrial, em fins do século XVIII e início do século XIX. (CARELLI, 2013, p. 239)

Neste ínterim, o trabalho é desempenhado por uma pessoa humana, dotada de direitos, deveres e dignidade, principalmente, atentando-se ao fato de que o trabalho não é uma mercadoria ou coisa, conforme mandamento da Organização Internacional do Trabalho. Tal princípio deve nortear todos os outros, pois se trata de proteção.

Outrora, é sabido que, na prática, o que ocorre é a concorrência de trabalhadores no mercado, que somente tem uma coisa para vender: a força de trabalho. Contudo, em verdade, ela não existe; o que há é a pessoa humana. A “força de trabalho” em si não existe, pois é uma mercadoria fictícia (POLANYI, 2000), que é criada pelo mercado.

No entanto, ela é regulada pelo direito e tem que ser regulada porque é uma mercadoria fictícia. A sociedade se organizou dessa forma.

Tudo que é criado, que não é real, tem que ser regulado, e o Estado sempre regulou as coisas que não são reais, pois lhe convém.

Supondo a existência de um intermediário entre quem trabalha e quem quer o trabalho, logo, as condições mínimas de dignidade diminuiriam ainda mais por uma questão lógica. Se for preciso contratar algo por um intermediário, há que se pagar por aquilo e o intermediário. Toda vez que seja necessária a figura de um intermediário, alguém deverá pagar por ele. Aqui se permite a mercantilização.

Contudo, pelo exposto, é notório que a intermediação de mão de obra não é algo recente, sendo seus efeitos perversos conhecidos e reconhecidos há muito tempo em todo o mundo. Em contraponto, apesar de não haver nada de novo quanto à existência do instituto, a reestruturação produtiva ocorrida a partir do final dos anos 1970, conhecida como toyotismo pretendeu servir como padrão ideal de organização da atividade econômica em substituição ao modelo anterior, o fordismo:

A estrutura da empresa é de alta hierarquização e de matiz piramidal. Esse modelo foi substituído, pelo menos idealmente, pelo toyotismo, que propõe a concentração da empresa em sua atividade nuclear, entregando tarefas acessórias, complementares e periféricas a empreendedores especializados nessas atividades, para a produção de mercadorias diversificadas e a partir da demanda do mercado. (CARELLI, 2013, p. 240)

Sob a égide dessa nova forma de organização da produção, a *terceirização* ganha posição de destaque, tendo em vista que se torna a figura central da reestruturação.

Para Carelli (2013, p. 241), no âmbito desse fenômeno central é que exsurge, inclusive, a própria conceituação da *terceirização*, como sendo *a entrega de atividade periférica e específica a empresa especializada que a realizará com autonomia*. Tal conceito foi apropriado pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, o que se verificará em tópico próprio.

A relação de emprego - pautada em seus elementos caracterizadores -, quais sejam, subordinação, não eventualidade, pessoalidade e a onerosidade -, além de estabelecer uma relação bilateral entre o empregador e o empregado, *in casu*, passaria a ser incompatível com os moldes atuais da economia de acordo com o discurso propagado acerca da flexibilização da contratação de serviços, o que reflete o entendimento de Barros:

[...] a necessidade da empresa moderna de adaptar-se a um processo econômico competitivo, [passando-se], então, a sugerir um modelo contraposto, cujo traço distintivo era o recurso a diversas modalidades de emprego chamadas flexíveis, entre as quais se inclui a terceirização. (BARROS, 2012, p. 357)

Nota-se que a precarização das relações de trabalho se baseia em aspectos fundamentalmente econômicos, sendo o lucro fator primordial que dita a dinâmica de mercado capitalista no mundo globalizado. Este último se caracteriza como um fenômeno que estabelece novos paradigmas frente às concepções ora instituídas, impondo modificações radicais nas mais diversas áreas, tais como a tecnológica, cultural, financeira, econômica, inclusive jurídica, que deverá se modular à dinâmica.

A facilidade de circulação do capital econômico e financeiro, que objetiva ligeira rentabilidade, faz com que os donos dos “novos” meios de produção detenham a determinação dos níveis da própria produção e do emprego, primando-se, por óbvio, aos contratos temporários, flexíveis e, conseqüentemente, precarizados.

De acordo os ensinamentos de Santos (2017, p. 92), interpreta-se que para os fins os quais o capitalismo financeiro e o neoliberalismo propõem-se, a chamada *terceirização* de mão de obra pode ser encarada como algo lucrativo e rentável, exclusivamente, aos que exercem tal atividade econômica, tendo em vista tratar-se, em grande parte da oferta de emprego sob este filtro, de trabalho precarizado, mão de obra barata, dentre outros.

Assim, não se deve permitir que a flexibilização na contratação de empregados seja entendida como uma forma de garantir a competitividade da empresa e o

crescimento econômico mediante a aniquilação de direitos trabalhistas legalmente adquiridos e consolidados. É o que colaciona Maior:

Do ponto de vista dos trabalhadores terceirizados as consequências dessa situação vão muito além da mera precarização das garantias do trabalho, significando mesmo uma forma de precarização da sua própria condição humana, vez que são desalojados do contexto da unidade em que prestam serviços. Os “terceirizados”, assim, tornam-se em objetos de contratos e do ponto de vista da realidade, transformam-se em seres invisíveis. E isso não é mera figura de retórica, pois a maior forma de alguém ver reduzida a sua condição de cidadão é lhe retirar a possibilidade concreta de lutar pelo seu direito e é isso, exatamente, o que faz a terceirização. (MAIOR, 2011, p. 135)

Em referência à Lei 13.467/2017 (mais conhecida como reforma trabalhista), a partir do momento em que pese convencionar que os direitos trabalhistas - que estipulam patamares mínimos de dignidade para a pactuação entre empregado e empregador - são entraves insuperáveis ao avanço da economia ou que eles dificultam a criação de empregos e a sobrevivência dos empreendimentos, está se passando aos trabalhadores os riscos da atividade econômica, o que se vislumbra, por exemplo, através do trabalho intermitente, socializando-se os prejuízos com aqueles que precisam se subordinar às condições precárias de trabalho a fim de terem um emprego e nele se manterem para fins de subsistência.

A assunção dos riscos inerentes ao exercício da atividade econômico-empresarial é do empregador, constituindo-se em regra indisponível na legislação trabalhista pátria.

Ademais, o Direito do Trabalho confere proteção ao empregado como compensação à sua inferioridade econômica e sua condição de subordinação perante o empregador, estabelecendo um arcabouço normativo que busca equilibrar o capital, o trabalho e, conseqüentemente, propiciar o progresso econômico e social da sociedade.

Conforme exposição supra, a nomenclatura brasileira adequada ao fenômeno da *terceirização* é bem diversa do utilizado no resto do mundo – subcontratação –, podendo, assim, abrir espaço para a deturpação na aplicação do instituto, pois em prol do avanço capitalista, pessoas humanas são vistas como mercadorias, o que vislumbra

consequentemente a camuflagem de uma relação de emprego (caracterizada no plano fático) por meio da contratação de empresa interposta, travestida de empresa especializada, que se responsabilizará pelos trabalhadores indesejados pela contratante.

O nome *terceirização* de *per si* indica a transferência e a automática *terceirização* da responsabilidade pelo trabalhador cujo serviço fora empregado à terceiro – este que se exime de sua responsabilidade até o limite da subsidiariedade.

Por isso, o uso da *terceirização* para além dos marcos jurisprudenciais tende ao alastramento em atividades menos qualificadas e com menor exigência de especialização, isto é, o asseio, conservação e limpeza.

Os faxineiros, por exemplo, realizam tarefas tidas como de baixa qualificação e que necessitam de pouca ou nenhuma especialização, o que pressupõe a menor importância no tratamento destes e a facilitação da fuga ao direito pela tomadora de serviços e, também, da prestadora.

Sob o prisma do capital neoliberal, Standing alerta que:

O estado neoliberal é neodarwinista, no sentido de que reverencia a competitividade e celebra a responsabilidade individual irrestrita, com uma antipatia a qualquer coisa coletiva que possa impedir as forças de mercado. O papel do Estado é visto principalmente como o estabelecimento e fortalecimento do Estado de direito. Mas o Estado de direito nunca foi minimalista, como alguns neoliberais o descrevem. Ele é intrusivo e tem a intenção de refrear o inconformismo e a ação coletiva. (STANDING, 2014, p. 201)

*In casu*, a flexibilização da contratação de *empregados* acaba por ser um dilema, uma vez que a *terceirização* segrega a classe operária de modo a existir pessoal contratado e comandado pelo empregador para o desempenho de atividades que este último entendeu em manter sobre sua ordenação e, outro pessoal, de nível inferior e, por maioria, com baixa instrução e qualificação profissional, que não será contratado diretamente por aquele por bel-prazer.

É o que Antunes (2015, p. 08) trata como *terceirização total* do trabalho, tendo em vista que o capital se desenvolve do descontentamento pelas conquistas sociais da classe trabalhadora, maximizando, assim, a precarização, a redução de empregos e subtração de salários sob o falacioso discurso do aquecimento econômico.

Portanto, revela-se que em termos de mercado, inclusive, com a personificação da metáfora darwinista, apenas os mais fortes sobrevivem e, assim sendo, infere-se que os terceirizados não os são.

### 3 REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO

Na visão de alguns doutrinadores, a eclosão do fenômeno da *terceirização* ocorrera nos anos noventa (CASSAR, 2017, p. 471).

Dessa maneira, tendo em vista que o foco deste trabalho perfaz-se da responsabilidade subsidiária da administração pública quando esta faz as vias de tomadora de serviços, importa-nos analisar as previsões normativas quanto a tal mecanismo, como é o caso do Decreto-Lei nº 200/67, Lei 5.645/70 e Decreto nº 2.271/97, inicialmente, uma vez que regulamentavam a prestação de serviços para a administração pública antes de normativos até então conhecidos.

O marco inicial deu-se com o Decreto-Lei nº 200/67, cujo art. 10, §7º, recomendava a *terceirização* para os entes da administração, observando que:

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.

Ou seja, permitiu-se a desobrigação da administração pública quanto à execução direta de atividades executivas e instrumentais por meio de contrato. Na mesma medida, pressupõe-se que tais tarefas poderiam ser efetuadas apenas através de empresas especializadas por determinados serviços, primando pela *terceirização*. Contudo, o normativo não dispôs sobre quais seriam os serviços passíveis de incidência do invento.

Nesta perspectiva, no intuito de aclarar a situação das atividades em que poderia incidir a contratação de pessoa para laborar no ente público através contrato, editou-se a Lei 5.645/70, em específico no art. 3º, parágrafo único, do referido regramento:



Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá:

[...]

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, **objeto de execução indireta**, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967. (grifo nosso)

Em suma, o dispositivo supracitado tratava das consideradas atividades-meio (*in casu*, relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores e limpeza), concebendo a *terceirização* (execução indireta) no âmbito da Administração Pública restrita a esta categoria, isto é, afastando sua incidência no campo das atividades-fim (objeto social da instituição).

A *posteriori*, o Decreto n. 2.271/97 (que fora revogado pelo Decreto 9.507/2018) dispôs especificamente sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, prevendo aquilo que poderia e não poderia ser objeto de execução por terceiros, valendo-se para tanto, novamente, da noção de atividade-meio no âmbito da pessoa jurídica. Neste sentido:

Art . 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Surgem, então, normativos mais específicos, como a lei do trabalho temporário (Lei 6019/74<sup>15</sup>), cujo objeto se perfazia na possibilidade de contratar trabalhadores temporários para atender a necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. Mais que isso, a lei inovou, pois se contrapusera à clássica relação bilateral, em que se permitia à administração pública “terceirizar” mediante contrato civil, gerando a relação trilateral, como vimos no início, mas tal reflexão limitou-se à *terceirização* temporária.

Já a Lei 7.102/83 surgiu com o intuito de autorizar a *terceirização* permanente de serviços de vigilância e transporte bancário, porém apenas para a categoria profissional dos vigilantes. Inicialmente, a atividade terceirizada prevista pela Lei 7.102/83 regia apenas as relações do segmento bancário. Contudo, com o advento da Lei 8.863/94, ampliou-se a qualquer instituição ou estabelecimento, sendo público ou privado.

Como exposto, diante da insurgência modista do instituto em apreço, a jurisprudência fora provocada, tendo sido confeccionada a primeira Súmula que tratava da questão, emanada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). *In verbis*:

Súmula 256: Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis nº 6019, de 03.11.1974 e 7.102, de 20.06.1986, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

A mesma visou coibir os abusos da *terceirização* nas relações de trabalho, validando, principalmente, a proteção quanto à *terceirização* mascarada, incorporando orientação que limita a contratação de trabalhadores por empresa interposta.

Tal enunciado seguiu a regra de proibição da *terceirização* de atividades da empresa a terceiros, admitindo-se apenas em casos excepcionais, fortalecendo a ideia da atividade-meio, coibindo a *terceirização* da atividade fim – contudo, excepcionando-a.

---

<sup>15</sup> Tendo sofrido diversas alterações recentes, conforme exposição em tópico anterior, em razão da “reforma trabalhista”.

Assim, insurge o problema que rege as contratações da Administração Pública, mais especificamente quanto ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, prevendo-se a via do concurso público para fins de caracterização de vínculo empregatício com a mesma. Desta monta, o enunciado da Súmula nº 256 do TST fora revisado, originando-se a Súmula nº 331.

A redação originária da última previa que:

Súmula 331: Contrato de prestação de serviços - Legalidade – Revisão do Enunciado nº 256.

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 Constituição da República);

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 este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Acontece que o inciso IV da referida orientação causou polêmica quanto à questão do vínculo com a Administração Pública, uma vez que seria possível apenas por meio de concurso. Neste caso, para dirimir tal controvérsia, a Resolução n. 96/2000, do TST, modificou a redação do inciso IV, que passou a vigorar com o texto a seguir:

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).

Tal alteração invoca o principal questionamento da comunidade jurídica à época, e que concentra a inquietude do estudo em voga, tendo em vista que os entes públicos, a partir de então, passaram a ser responsabilizados de forma objetiva pelos inadimplementos de ordem trabalhista perante as relações com as empresas contratadas para a prestação de serviços, apesar do disposto no art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, que afirma que a inadimplência daquelas, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não devem ser transferidos ao múnus público.

Neste contexto, a Súmula nº 331 do TST, através da Resolução n. 174/2011, do mesmo Tribunal, voltou a sofrer alterações no inciso IV, bem como acrescera os incisos V e VI ao enunciado, respectivamente, conservando-se os demais itens<sup>16</sup>:

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

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

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

Em tese, com base no art. 71, §1º, da Lei 8.666/93<sup>17</sup>, os entes públicos teriam tratamento diferenciado ao conferido às empresas fornecedoras de serviços quando da inadimplência das últimas. Ocorre que diante da não observância do dispositivo pelos tribunais, no apreço das lides - quanto à responsabilidade subsidiária da Administração Pública -, houve grande insatisfação no âmbito do poder público.

---

<sup>16</sup> Mantém-se no enunciado em vigor em 26 de novembro de 2018.

<sup>17</sup> STF. Brasília, 22 a 26 de novembro de 2010 – Nº 610. Informativo n. 610 do STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo610.htm#ADC%20e%20art.%2071,%20%C2%A7%201%C2%BA,%20da%20Lei%208.666/93%20-%203>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

Neste contexto, os tribunais continuavam a responsabilizar a Administração Pública na qualidade de tomadora de serviços, aplicando o inciso IV da súmula 331, pautando-se nos fundamentos e princípios do Direito do Trabalho, principalmente, em atenção à responsabilidade objetiva do Estado.

Todavia, em maio de 2007, o governador do Distrito Federal ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade com fundamento na Constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, alegando, em síntese, que o dispositivo "tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, parágrafo 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993"<sup>18</sup>. Observou, ainda, que a Súmula 331 do TST prevê justamente o oposto da norma a ser declarada constitucional.

Em prol de inúmeras ações e reclamações constitucionais junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), inconformadas com a Súmula 331, do TST, a ADC 16/DF<sup>19</sup> foi conhecida, e seu mérito, provido, por maioria.

Face ao entendimento fixado na ação, o Pleno do STF deu provimento a inúmeras Reclamações contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho, fundamentadas na aludida Súmula, valendo conferi-lo:

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles

---

<sup>18</sup> Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

<sup>19</sup> EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, §1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, precedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, §1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF, quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão de obra, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal. (ADC 16/DF. Relator Ministro: Cezar Peluso, Julgamento: 24/11/2010).

Conforme ponderou o Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da referida ADC, ao transigir quanto à licitude da *terceirização* dos serviços públicos, tolera-se um modo de realização dos serviços públicos que escapa das balizas preconcebidas pela ordem constitucional, dado que a Carta de 1988 previu a desoneração da atividade estatal mediante o trabalho de servidores diretamente vinculados ao Estado brasileiro (art. 37 da Constituição). Para ele, não há sentido em abrir o sistema jurídico-constitucional, sobretudo na delicada área da proteção ao servidor público *lato sensu*, para ao final consentir a precarização do trabalho humano.

Nas lições de Godinho (2017, p. 526), afastou o STF, portanto, dois fundamentos tradicionais para a responsabilização das entidades estatais: de um lado, a responsabilidade objetiva, por considerar não aplicável às relações de terceirização, neste aspecto, a regra do art. 37, § 6º, da Constituição; de outro lado, a responsabilidade subjetiva por culpa *in eligendo*, desde que havendo processo licitatório - circunstância que elidiria a ideia de culpa na escolha do contratante terceirizado.

Na mesma medida, em julgamento no dia 30 de março de 2017, a Corte Suprema reconheceu a repercussão geral<sup>20</sup>, ou seja, emanando vinculação de todos os tribunais inferiores, vedando-se a chamada “responsabilização automática” da administração pública, entendendo-se, dessa forma, que só caberia condenação a suporte do ente público caso houvesse prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

*In verbis*, a tese em referência: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao poder público contratante automaticamente a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, parágrafo 1º, da lei 8.666/1993”.

Outrora, alerta Godinho (2017, p. 527) que, de todo modo, o novo item V da Súmula nº 331, em máxima atenção ao decisório do STF, considera preciso que fique evidenciada nos autos a conduta culposa da entidade estatal, especialmente quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizante (“...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...”, diz o inciso V da Súmula n. 331). Tratando-se, portanto, de omissão culposa quanto à fiscalização, ou seja, culpa *in vigilando*.

Já Cassar (2017, p. 495), na perspectiva da tese vinculante extraída do Recurso Especial nº 760.931, conforme detalhamento retro, sustenta que a responsabilização da administração pública por encargos trabalhistas inadimplidos pela prestadora de serviços devem partir do *mandamus* do STF.

Por tudo, a partir do julgamento da ADC n. 16, bem como dos efeitos do RE nº 760.931, os itens IV e V da Súmula 331 do TST não convertem o tomador dos serviços em empregador, apenas fazendo recair sobre ele responsabilidade trabalhista subsidiária

---

<sup>20</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário Representativo de controvérsia nº 760.931. Data final do julgamento: 30 de março de 2017.

na hipótese de subcontratação de serviços, a depender da conduta do ente público na fiscalização da relação assumida.

Neste diapasão, o interesse público preponderara sobre os direitos fundamentais - aqueles inerentes à condição de pessoa humana -, sobretudo, sopesando-os com o erário, valendo-nos observar o desfecho do julgado na visão de ilustríssimos autores<sup>21</sup>:

Assim, resta conclusivo que embora o STF não tenha enfrentado a questão da responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores terceirizados sob o enfoque dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como se é de esperar de uma Corte Constitucional incumbida de zelar pela efetividade da Constituição, ainda assim, em seu ligeiro contato com a matéria, esta Corte preservou as condições necessárias para que a Justiça do Trabalho continue interpretando as normas jurídicas em apreço com respeito à justa proporção entre o imperativo de proteção do patrimônio público e o dever estatal de proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados. (DELGADO; AMORIM; VIANA, 2011, p. 84)

Recentemente, com o advento da reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) e o “brinde casado” da Lei 13.429/2017, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas - intermediação de mão de obra - e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros - subcontratação ou *terceirização* -, houve alteração na Lei 6.019/1974, que, antes, por si só, regulava o trabalho temporário.

Por todas as mazelas e perversidades trazidas pela CLT de Temer (& Cia. Ltda.)<sup>22</sup>, neste momento, cabe uma pausa e atenção à reflexão de Maior:

Então, quando a lei chega ao ponto de autorizar a terceirização da atividade-fim, o efeito jurídico necessário, para a manutenção da ordem social, assegurada na Constituição Federal, fixada nos Tratados internacionais de Direitos Humanos, com realce para as Convenções da OIT, e nos princípios

---

<sup>21</sup> DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos; VIANA, Márcio Túlio. Terceirização – Aspectos Gerais. A última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos Enfoques. Rev. TST, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011. p. 84.

<sup>22</sup> Expressão utilizada por Jorge Luiz Souto Maior acerca da Lei n. 13.467/2017. Disponível em <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-clt-de-temer-cia-ltda>>. Acesso em 05/11/2018.



do Direito do Trabalho, é o de se afirmar o contrário, ou seja, que a terceirização, juridicamente falando, não existe e o mecanismo que se tem para isso é o da declaração da relação de emprego, instituto cujo primado foi preservado na “reforma” e que foi criado exatamente para estabelecer, de forma obrigatória, um vínculo jurídico entre o trabalho e o capital, atribuindo-se a este uma responsabilidade social mínima e, claro, para proteger o ser humano trabalhador e lhe permitir projetar e almejar uma melhoria para a sua própria vida.

No mesmo sentido, vale dizer que o dispositivo acima fora ratificado pelo STF, em 30 de agosto de 2018, nos julgamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 e RE 958.252, com repercussão geral conhecida nos seguintes termos: *“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”*.

Cassar e Borges entendem que a terceirização feita pela Administração Pública continua limitada às atividades-meio ou aos excepcionais casos de necessidade, assim sendo, a construção acadêmica e jurisprudencial seguiria incólume. Entretanto, alerta que:

[...] há fortes correntes afirmando que uma perigosa porta foi aberta para que a administração pública terceirize toda e qualquer atividade, salvo as carreiras de Estado (agentes públicos), **pois dificilmente será responsabilizada de forma subsidiária diante do novo posicionamento do STF**. A se pensar dessa forma, as fraudes aos concursos públicos irão se multiplicar e o número de cargos públicos, que deveriam ser criados por lei, não irá aumentar para **dar margem à terceirização**: medida mais barata e sem responsabilidade de ente público que contratar por licitação. (VOLIA, 2017, p. 89) (grifo nosso)

O Decreto n. 9.507<sup>23</sup>, de 21 de setembro de 2018, fora editado na esteira da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, e que, de prontidão, percebe-se que seu conteúdo padece de inconstitucionalidade, uma vez que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista

---

<sup>23</sup> Revogou o Decreto n. 2.271/97, que primava pela terceirização de serviços na atividade-meio da empresa tomadora.

controladas pela União com restrições mínimas e quase imperceptíveis à prática, isto é, uma verdadeira explanação do cunho irrestrito da flexibilização.

Nota-se violação frontal ao artigo 37, II, da Constituição Federal, uma vez que prevê a exigência do concurso público para investidura em cargo ou emprego público, corolário dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da eficiência, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da isonomia e da segurança jurídica na Administração.

Além de tudo, essa disposição materializa e instrumentaliza, por completo, a nefasta prática da *terceirização* que, junto consigo traz, dentre outras agruras, o esvaziamento da garantia constitucional da relação de emprego protegida, inviabiliza a defesa dos interesses e direitos da categoria profissional, viola o princípio constitucional da progressividade social dos direitos fundamentais, isonomia, como vimos, além de deixar de garantir igualdade salarial.

Portanto, a *terceirização* é uma realidade social, que, no contexto brasileiro, tem sido admitida pela jurisprudência do *Guardião da Carta Magna* - o que choca - e legislativo, de modo irrestrito, o que agravará e implicará, necessariamente, na redução do trabalho humano à simples mercadoria, rasgando impiedosamente a Constituição Federal, na medida em que atenta contra a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, sendo incompatível com o Direito do Trabalho.

### **3.1 Terceirização na Administração Pública**

De acordo com a exposição no capítulo anterior, desde o advento do Decreto Lei nº 200/67, é permitida a *terceirização* pela Administração Pública, limitando-se, contudo, à transferência da execução de atividades-meio ao particular. Já o Decreto Federal nº 2.271, de 07 de julho de 1997, discriminou as atividades passíveis ao fenômeno.

Martins (2000, p. 133) pontua que “atividade-meio pode ser entendida como atividade desempenhada pela empresa (e pela administração), que não coincide com seus fins principais”. Ou seja, aquela que não perfaz a atividade principal da empresa,

sendo intermediária e complementar, pois que não é ligada ao seu objeto central. Seria uma atividade de apoio ou suporte, neste sentido.

O autor (MARTINS, 2000, p. 133) exemplifica a terceirização na atividade-meio através dos serviços de limpeza, vigilância, dentre outros.

Recentemente, diante da virada jurisprudencial permeada nos julgamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 e Recurso Extraordinário (RE) nº 958252, Tema 725 da repercussão geral do STF<sup>24</sup>, bem como edição do Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, a *terceirização* se impõe de maneira mais abrangente no setor público e privado, de modo a atingir as atividades-fim<sup>25</sup> do contratante, independente de seu objeto social.

Como vimos, o Decreto nº 9.507/2018, editado pela União, revogou o Decreto nº 2.271/1997, visando estabelecer a distinção entre o cabimento da terceirização na administração direta, autárquica, fundacional, empresas estatais e subsidiárias.

Na perspectiva do artigo 3º do novo diploma, não serão objeto de execução indireta (*terceirização*) na administração direta, autárquica e fundacional, os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios a seguir dispostos:

- (i) que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle (atividades-fim);
- (ii) que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias (atividades estratégicas);
- (iii) que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção (atividade-fim); e
- (iv) que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro

---

<sup>24</sup> "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". (grifo nosso)

<sup>25</sup> Para Sérgio Pinto Martins, "a atividade-fim é a atividade em que a empresa concentra seu mister, isto é, na qual é especializada". In: MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000. p. 133.

geral de pessoal (atividades meio, porém com superposição do plano de cargos e salários, configurando “terceirização de mão de obra).

Assim sendo, de acordo com o exposto no art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do dispositivo, os serviços acima transcritos poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado, assim como não poderão ser terceirizados os mesmos serviços quando relativos à fiscalização e relacionados ao exercício do poder de polícia.

Outrora, quanto às empresas estatais e subsidiárias, o artigo 4º do referido Decreto prevê que não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus planos de cargos e salário, salvo se o emprego estiver extinto ou em processo de extinção, ou se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

- (i) caráter temporário do serviço;
- (ii) incremento temporário do volume de serviços;
- (iii) atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; e
- (iv) impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

Vislumbra-se, assim, uma atuação coadjuvante do terceirizado em relação aos serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios previstos no art. 3º, caput, do Decreto 9.507/2018, afastando-o da atividade principal no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional.

No entanto, na visão de Niebuhr<sup>26</sup>, quanto à terceirização no âmbito empresas estatais e subsidiárias:

---

<sup>26</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. A terceirização no novo decreto nº 9.507/2018: entre a restrição para a administração direta, autárquica e fundacional e a flexibilidade para as estatais. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 299, p. 10, jan. 2019.

O Decreto nº 9.507/2018 resolveu afrouxar as regras para a terceirização por parte das estatais, com orientação oposta à matriz restritiva imposta à Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Esse tratamento mais flexível em prol das estatais tem relação com o fato de elas serem pessoas jurídicas de direito privado e, pelos menos as que exploram diretamente atividade econômica, submeterem-se ao regime jurídico das empresas privadas, nos termos do inc. II do § 1º do art. 173 da Constituição Federal.

Para Fortini<sup>27</sup>, deve-se considerar que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), na qual se permitiu a terceirização nas atividades-fim, não levou em consideração as peculiaridades da administração pública. Assim, não seria possível concluir, baseando-se exclusivamente na ADPF nº 324, pela possibilidade de contratação de serviços considerados atividades-fim no âmbito da administração pública, uma vez que haveria óbice nas normas que a rege, inclusive, de cunho constitucional.

Di Pietro diz o que nos interessa especialmente em relação à Administração Pública, ou seja:

[...] a *terceirização* da atividade-meio, pois terceirizar a atividade-fim não é possível, a menos que se queira acabar com a Administração Pública, acabar com o próprio Estado. A doutrinadora destaca que no dia em que o Estado terceirizar a sua atividade-fim, ele perderá grande parte de sua finalidade.

(DI PIETRO, 2012, p. 74)

Muitos autores têm sustentado a inconstitucionalidade das normas que estabelecem expressamente a possibilidade de terceirização da atividade-fim das empresas, tendo em vista que as consequências nefastas geradas por esse fenômeno são frontalmente contrárias aos dispositivos constitucionais relativos ao trabalho e, até mesmo, à função social da propriedade.

Segundo Delgado e Amorim,

---

<sup>27</sup> FORTINI, Cristiana. O Decreto Federal 9.507/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-27/interesse-publico-decreto-federal-950718-terceirizacao-administracao-publica>>. Acesso em 21 de maio de 2019.

A prática da terceirização na atividade-fim esvazia a dimensão comunitária da empresa, pois a radicalização desse mecanismo pode viabilizar a extrema figura da empresa sem empregados, que terceiriza todas as suas atividades, eximindo-se, por absoluta liberalidade, de inúmeras responsabilidades sociais, trabalhistas, previdenciárias e tributárias. (DELGADO E AMORIM, 2017, p. 15).

A Constituição da República, através do art. 37, incisos II, V e IX<sup>28</sup>, dispõe acerca dos meios de acesso aos cargos públicos e empregos públicos, quais sejam, por via do concurso público (regra), nomeação para cargo de confiança e trabalho temporário. Em relação ao último:

A Constituição prevê que a lei (entende-se: federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de necessidades temporárias de excepcional interesse público (art. 37, IX). Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 290).

Já no campo das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, o respaldo à contratação de terceiros encontra-se disposto no art. 173, § 1º, inciso III da Carta Magna<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; e [...] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

<sup>29</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

Estefam (2014, p. 102-103) ensina que a *terceirização* não se confunde com a contratação de temporários. Para ele, na primeira, Administração trava relação com a empresa e esta que entretém vínculo com o trabalhador, ao passo que na segunda a Administração estabelece um vínculo direto com o contratado.

Vale dizer que a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, é regida pela Lei 8.745/93<sup>30</sup>.

Nas palavras de Violin (2012, p. 117), o que se terceiriza é a prestação de serviços de atividade-meio, e não a disponibilização de mão de obra.

Neste sentido, esclarece-se que a *terceirização* na administração pública não significa contratação de pessoal, pois não se enquadra nas previsões supracitadas, mas a aquisição de um serviço pelo poder público.

A Lei de *Licitações e contratos administrativos* (Lei 8.666/1993)<sup>31</sup> regulamenta o art. 37, inciso XXI<sup>32</sup>, da Constituição Federal, o que ratifica a possibilidade de *terceirização* no âmbito da Administração Pública sob a forma de *execução indireta de serviços* por um terceiro.

Outrora, o autor<sup>33</sup> aclara que quando a Administração firma um acordo de vontade com terceiros para que estes exerçam alguma atividade para o poder público, seja por meio de contratos administrativos, convênios, contratos de gestão, termos de parceria, ou qualquer outra denominação, isso também será denominado *terceirização*.

---

<sup>30</sup> Tal estatuto dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal.

<sup>31</sup> Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

<sup>32</sup> Art. 37. [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

<sup>33</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. A terceirização ou concessão de serviços públicos sociais: a privatização de creches municipais. IDAF – Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal, v. 2, n. 13, p. 25-35.

Torna-se evidente, portanto, duas formas, juridicamente válidas, de o poder público obter o serviço necessário, ou seja, diretamente (concurso, contratação temporária e cargo em comissão) e indiretamente (contratando prestadoras de serviços), sendo a última o objeto de análise do presente estudo.

### **3.2 Terceirização por contratos de prestação de serviços**

Muito se discute acerca dos numerosos contratos administrativos firmados pela Administração para fins de execução *terceirizada*, a exemplo dos serviços de conservação e limpeza, de vigilância, dentre outros. De fato, deve-se entender a base desse problema.

A Administração Pública, a nível nacional, pode celebrar contratos de serviços para a execução por terceiros do setor privado sob o manto Constitucional, à luz do art. 37, XXI, assim amparada também em legislação específica, *in casu*, na *Lei de licitações e contratos administrativos*, que prescreve normas gerais para as licitações e contratos, regulamentando esse tipo de contratação.

A Lei Federal nº 13.303/2016<sup>34</sup> faz o mesmo para as empresas públicas e sociedade de economia mista.

Conforme Bandeira de Mello (2014, p. 532), ao contrário das empresas que se submetem ao regime jurídico de direito privado, dispondo de ampla liberdade em operações como alienações, locação de bens, execução de obras e serviços, dentre outros, “o poder público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei”. Tal procedimento resta consagrado como “licitação”.

Dessa forma, para a contratação de serviços e/ou compra de bens por parte do ente público, como regra, há que se falar na realização de licitação pública, uma vez que se perfaz de:

---

<sup>34</sup> Uma vez que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.



[...] um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 532)

Sob este prisma, Di Pietro aduz que é:

[...] o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. (DI PIETRO, 2015, p. 409)

Meirelles (2009, p. 274) classifica a licitação como “um procedimento administrativo mediante o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.

No entanto, segundo Carvalho Filho (2012, p. 55), o problema que surge com a terceirização de serviços reside no fato de que, sob o viés desse tipo de contratação, a Administração (ou também a empresa prestadora dos serviços terceirizados) possa vir a simular a intermediação de mão de obra - o que autor chama de figura enquadrada como locação de mão de obra (*merchandising*).

Neste sentido, o doutrinador Carvalho Filho (2012, p. 55) continua com a distinção entre a terceirização lícita (real) e ilícita (simulada), ocorrendo a primeira quando o objeto do contrato indica um serviço de apoio ou suporte à Administração. Já a segunda ocorre quando o que o contratante pretende, na verdade, a locação da mão de obra para fins de substituição de servidores ou empregados.

Segundo Fortini e Pieve (2012, p. 16), há de se observar algumas condições quanto à terceirização na administração, além de ceder, exclusivamente, mão de obra para a execução de atividade-meio, sob pena de violação ao art. 37, II, da Constituição Federal e Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>35</sup>, em seu art. 18, §1º<sup>36</sup>, quais sejam:

---

<sup>35</sup> De acordo com as autoras, com o intuito de coibir a terceirização de mão de obra para substituir servidores e empregados públicos, fugindo dos limites impostos e da exigência constitucional de realização de concurso público, o §1º do art. 18 da LRF trouxe a exigência de incluir tais despesas como sendo gastos com pessoal. [...] Já os contratos de prestação de serviços terceirizados ou de fornecimento

- a) o vínculo existente deverá ser entre a Administração Pública (tomadora do serviço) e a empresa contratada (fornecedora de mão de obra);<sup>37</sup>
- b) não poderá existir subordinação e pessoalidade (relação de emprego) entre o empregado da contratada e Administração Pública, condição que nem sempre é possível, dado que, em determinadas situações, não há outra forma de atender ao interesse público salvo admitindo que ordens sejam dadas diretamente ao trabalhador. É o que ocorre quando a terceirização envolve a atividade de secretariado. A atuação do preposto como “ponte” entre o chefe e o trabalhador se revelaria absolutamente distanciada da noção de eficiência;
- c) os materiais e os equipamentos necessários para a execução das atividades terceirizadas deverão ser custeados pela fornecedora de mão de obra;
- d) é imprescindível, como regra, que não existam cargos correspondentes às atribuições da mão de obra a ser contratada. Há inúmeras manifestações do TCU nesse sentido. Mas, não se pode desconsiderar que há decisões que relevam tal exigência.

Carvalho Filho (2012, p. 62) alerta para mais uma forma artificial de contratação de serviços quando firmada com supostas *cooperativas de trabalho*. Na visão dele, “contratos dessa natureza, às vezes legítimos em seu revestimento externo, procuram, em seu âmago, esconder verdadeira locação de mão de obra”.

Para tanto, as verdadeiras cooperativas seriam aquelas disciplinadas na Lei 5.764/1971, o que resulta no contrato pelo qual as pessoas, reciprocamente, “se obrigam

---

de mão de obra, que não substituam os servidores ou empregador públicos, não serão computados como despesas com pessoal, mas sim como “outros serviços e encargos”. In: FORTINI, Cristiana; DA PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria. As terceirizações e as contratações temporárias realizadas pela Administração Pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 16.

<sup>36</sup> Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. [...] § 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal". [...]

<sup>37</sup> Nos autos da ação declaratória de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 (ADC nº 16), o STF reconheceu a sua constitucionalidade, reforçando a tese de que o vínculo será entre a tomadora do serviço e a fornecedora de mão de obra.

a contribuir com bens e serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro”<sup>38</sup>.

Entretanto, Carvalho Filho pontua que algumas dessas cooperativas se desviam da perspectiva da lei e distorcem seus reais objetivos:

Sem dúvida, agem de modo fraudulento, sobretudo quando desempenham atividades-fim do tomador do serviço. Infelizmente, os entes públicos, ante a grande dificuldade e burocracia exigidos para arremeter servidores, socorrem-se desse expediente. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 62)

Neste sentido, vale reflexão de Carrion (2009, p. 286), uma vez que “existem milhares de trabalhadores com relações de emprego evidentes acobertadas por falsos contratos com falsas cooperativas, formadas por mãos empresariais”.

Dessa forma, em marco anterior às alterações oriundas da *reforma trabalhista* (Lei 13.467/2017), o uso indiscriminado da *terceirização*, alcançando, possivelmente, as atividades-fim do contratante (poder público), esbarrar-se-ia em óbice constitucional, tendo em vista que impõe a obrigatoriedade de realização de concurso público, conforme dispositivo supramencionado.

Torna-se válida, neste sentido, a reflexão de que:

Os princípios do Direito do Trabalho perduram, a despeito dos desvirtuados propósitos da reforma trabalhista. Ancorado na ordem constitucional, o princípio da proteção não sucumbe diante da reforma legislativa. Lastreado na ordem infraconstitucional (art. 9º e 442, caput), o princípio da primazia da realidade servirá como filtro protetivo contra a precarização. (OLIVEIRA, 2017, p. 22)

Contudo, a Administração não está impedida de firmar contratos de serviços para a execução por terceiros do setor privado.

Neste caso, a Lei 8.666/93 rege a relação entre o Estado (contratante)<sup>39</sup> e o particular (contratado)<sup>40</sup>, constituindo terceirização legítima e real, quanto à

---

<sup>38</sup> Art. 3º da Lei 5.764/1971.

formalização dos contratos administrativos de serviços, respeitando, assim, as atividades-meio e o Decreto nº 9.507/2018.

### **3.3 A responsabilidade trabalhista da Administração**

Diante da relação contratual entre a administração pública e a empresa prestadora de serviços, na qual resta configurada a relação de emprego entre o trabalhador e a última, na hipótese do não pagamento das verbas trabalhistas daquele por seu empregador, sendo determinado ente público o tomador de seus serviços, cabe situar a responsabilidade da pessoa jurídica – sujeita ao regime jurídico de direito público - nesta condição<sup>41</sup>.

Inicialmente, nos termos do art. 186 do Código Civil, aquele que viola direito e causa dano a outrem comete um ato ilícito. O ato ilícito, por sua vez, gera a obrigação de reparação, na forma do art. 927 do mesmo diploma: "Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Nas palavras de Venosa:

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. (VENOSA, 2015, p. 01)

Nesta linha, qualquer ato que cause prejuízo terá como consequência, em princípio, a responsabilização e o consequente dever de indenizar.

O autor (VENOSA, 2015, p. 01) acrescenta, contudo, ressalva nos casos em que estiverem presentes excludentes que inibirem essa responsabilidade.

Acerca do conceito de responsabilidade, destaca-se o seguinte:

---

<sup>39</sup> O art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 8.666/93 dispõe que: [...] XIV - Contratante - é o órgão ou entidade signatária do instrumento contratual;

<sup>40</sup> O art. 6º, inciso XV, da Lei nº 8.666/93 dispõe que: [...] XV - Contratado - a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública;

<sup>41</sup> Art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

[...] a responsabilidade pode ser definida através da aplicação de medidas aptas a obrigar alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. (DINIZ, 2011, p. 294)

Desta monta, vale lições no que tange a diferenciação entre obrigação e responsabilidade, sendo a última um dever jurídico sucessivo que surge com a violação do direito jurídico originário da obrigação. Assim:

Obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível. A obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, pois, obrigação e responsabilidade. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional. (GONÇALVES, 2015, p. 20-21)

Dentre as diversas classificações no âmbito da responsabilidade civil, vale destacar ainda as distinções entre as responsabilidades contratual, extracontratual, subjetiva e objetiva.

Gonçalves (2015, p. 44-45) ensina que a responsabilidade contratual ocorre quando o dano causado a outrem advém do descumprimento de uma obrigação contratual. Por outro lado, a extracontratual acontece quando o ato ilícito, ocorrido nos termos do art. 186, não decorre de um contrato, mas sim de um dever legal, não tendo as partes pactuado previamente.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 55), a responsabilidade civil subjetiva entende-se caracterizada por um dano que tenha como causa ato doloso ou culposos daquele que o praticou. De acordo com os autores, são os casos de ações ou omissões

decorrentes de negligência ou imprudência, nos termos da previsão do art. 186 do Código Civil (regra geral do sistema de responsabilidade civil brasileiro).

Os autores Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 56-57) pontuam que a responsabilidade civil objetiva restará caracterizada independentemente da presença de dolo ou culpa, sendo imprescindível a demonstração de nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano causado para gerar o dever de indenização. No mais, ressaltam que, em geral, tem fundamento nas teorias do risco da atividade que o agente desempenha, com previsões espalhadas na legislação pátria.

Por isso, na redação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil expõe-se que "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".

Neste sentido, Tartuce (2016, p. 560-561) elucida que do dispositivo supra decorre as diversas teorias do risco presentes no ordenamento jurídico brasileiro<sup>42</sup>, dentre elas, as teorias do risco criado, do risco profissional, do risco-proveito, do risco integral e do risco administrativo.

De acordo com Meirelles (2008, p. 648), a teoria da responsabilidade sem culpa perfaz-se da única compatível com a posição do poder público perante os cidadãos. Ou seja, a regra, no direito público-administrativo é a da responsabilidade objetiva, o que desemboca na teoria do risco administrativo.

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige

---

<sup>42</sup> Segundo Tartuce (2016, p. 561): a teoria do risco administrativo é adotada nos casos de responsabilidade objetiva do Estado; A teoria do risco criado está presente nos casos em que o agente cria o risco, decorrente de outra pessoa ou de uma coisa, conforme previsão do art. 938 do Código Civil, que trata da responsabilidade do ocupante do prédio pelas coisas que dele caírem ou forem lançadas (*defenestramento*); A teoria do risco da atividade (ou risco profissional) ocorre quando a atividade desempenhada cria riscos a terceiros, o que pode se enquadrar na segunda parte do art. 927, parágrafo único, do Código Civil; A teoria do risco-proveito é adotada nas situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa, ou seja, o agente retira um proveito do risco criado, como nos casos envolvendo os riscos de um produto, relacionados com a responsabilidade objetiva decorrente do Código de Defesa do Consumidor; e na teoria do risco integral não há excludente de nexo de causalidade ou de responsabilidade civil a ser alegada, como nos casos de danos ambientais.

qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração. (MEIRELLES, 2008, p. 649)

Portanto, a partir desta perspectiva, não há que se cogitar da culpa da Administração ou de seus agentes, uma vez que basta que a vítima demonstre o nexo entre o fato danoso (conduta) e injusto ocasionado (dano) por ação ou omissão do poder público. Isto é:

Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no *risco* que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Assim, para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. (MEIRELLES, 2008, p. 649)

Pela atual redação da Súmula nº 331<sup>43</sup> - especificamente em seu item IV combinado com o item V - do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a administração pública, na qualidade de tomadora dos serviços prestados por empresa contratada para tal fim, responderá, subsidiariamente, pelo adimplemento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho firmado entre o contratado e seu empregado, caso o empregador não arque com as parcelas devidas.

Dessa forma, diante da especificidade do item quanto ao tipo de responsabilidade conferida ao tomador, numa relação de *terceirização* de serviços, tendo em vista que a responsabilidade é consequência da violação de uma obrigação, faz-se necessário a diferenciação entre as responsabilidades solidária e subsidiária, através de seus conceitos.

---

<sup>43</sup> Decorrente da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, que reconheceu a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, onde o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação da referida Súmula para adequá-la ao entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, através da Resolução nº 174/2011.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 104), “existe solidariedade quando, na mesma obrigação, concorre uma pluralidade de credores, cada um com direito à dívida toda (solidariedade ativa), ou uma pluralidade de devedores, cada um obrigado à dívida por inteiro (solidariedade passiva)”.

O conceito de obrigação solidária está previsto no art. 264 do Código Civil: "Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda". No mais, reforça-se que a solidariedade não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes (art. 265 do código civil).

Em relação à responsabilidade subsidiária, os doutrinadores (Gagliano e Pamplona Filho, 2010, p. 116) expõem, brevemente, diante da raridade da doutrina brasileira civilista dispor sobre o tema, que a mesma é nada mais do que uma forma especial de solidariedade, com benefício ou preferência de excussão de bens de uma dos obrigados.

Quanto à diferença entre os institutos da solidariedade e subsidiariedade, Gagliano e Filho (2010, p. 116) anotam que na solidariedade passiva, tem-se determinada obrigação, na qual concorre uma pluralidade de devedores, cada um deles obrigado ao pagamento de toda a dívida. Haveria, portanto, duas ou mais pessoas unidas pelo mesmo débito.

Entretanto, na responsabilidade subsidiária, por sua vez:

[...] temos que uma das pessoas tem o débito originário e a outra tem apenas a responsabilidade por esse débito. Por isso, existe uma preferência (dada pela lei) na “fila” (ordem) de excussão (execução): no mesmo processo, primeiro são demandados os bens do devedor (porque foi ele quem se vinculou, de modo pessoal e originário, à dívida); não tendo sido encontrados bens do devedor ou não sendo eles suficientes, inicia-se a excussão de bens do responsável em caráter subsidiário, por toda a dívida. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 116)



Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 116) concluíram, assim, que a expressão “subsidiária” se refere a tudo que vem “em reforço de...” ou em substituição de...”, ou seja, caso não seja possível executar o efetivo devedor – sujeito passivo direto da relação jurídica obrigacional -, devem ser executados os demais responsáveis pela dívida contraída.

Sob a redação do item V da Súmula 331 do TST, a princípio, a administração pública responderá de forma subsidiária quando do inadimplemento do prestador dos serviços em relação às obrigações trabalhistas de seu empregado, estando o poder público na qualidade de tomador. No entanto,

[...] a responsabilidade será solidária entre o tomador e o intermediador de mão de obra quando a subcontratação for ilícita, ou seja, hipótese em que o vínculo se forma com o tomador – aplicação dos arts. 186 c/c 927 c/c 942 do Código Civil (culpa *in contrahendo*, *in eligendo* e *in vigilando*). (grifo do autor) (CASSAR, 2017, p. 493)

Torna-se evidente, portanto, a presença dos requisitos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho prestado por pessoa física, com pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade), conforme previsão no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Ora, uma vez presentes os requisitos da subordinação e pessoalidade, restará configurada a existência de verdadeira relação de emprego com a tomadora, nos termos da súmula nº 331 do TST, item III, parte final<sup>44</sup>.

Cogita-se ainda, através da interpretação dada a referida Súmula pela jurisprudência, dois tipos de “culpa”, que poderiam ensejar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos casos em que atua como tomadora dos serviços prestados por terceiro - na relação contratual com particular -, quais sejam, a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*.

---

<sup>44</sup> Súmula nº 331 do TST: [...] 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.

Tartuce (2016, p. 508) classifica a culpa *in eligendo* como aquela decorrente da escolha ou eleição feita pela pessoa a ser responsabilizada, como, por exemplo, no caso da responsabilidade do patrão por ato de seu empregado.

Na mesma medida, entendem (FORTINI e PIEVE, 2012, p. 19) que a culpa *in eligendo* poderá restar caracterizada quando o poder público não elege bem o fornecedor da mão de obra, deixando de observar as exigências da Lei de licitações.

A culpa *in vigilando* caracteriza-se pela quebra do dever legal de vigilância, como era o caso, por exemplo, da responsabilidade do pai pelo filho, do tutor pelo tutelado, do curador pelo curatelado, do dono de hotel pelo hóspede e do educador pelo educado (TARTUCE, 2016, p. 508).

Fortini e Pieve (2012, p. 20) esclarecem que a culpa *in vigilando* poderá ser constatada quando o poder público não fiscaliza “o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora”, ou seja, não exige da empresa fornecedora de mão de obra a comprovação de pagamento dos salários, INSS, etc.

Contudo, alerta Tartuce (2016, p. 508-509) que, deve-se concluir, como parcela majoritária da doutrina, que não se pode falar mais nessas modalidades de culpa presumida (*in casu*, culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*), hipóteses anteriores de responsabilidade subjetiva, uma vez que:

Essa conclusão se dá porque as hipóteses de culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo* estão regulamentadas pelo art. 932 do CC, consagrando o art. 933 a adoção da teoria do risco, ou seja, que tais casos são de responsabilidade objetiva, não havendo que se discutir culpa. (grifo do autor) (TARTUCE, 2016, p. 508-509)

Reflete-se, nestes termos, o mesmo sentido do Enunciado nº 451, da V Jornada de direito civil: “A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na

responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida<sup>45</sup>.

Os artigos 58, III<sup>46</sup>, e 67<sup>47</sup> da Lei 8.666/93 impõem à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos Contratos Administrativos de prestação de serviços por ela celebrados.

Costa (2013, p. 64) expõe que a fiscalização é um poder-dever da Administração Pública, isto é, uma prerrogativa legalmente prevista que se consubstancia em uma obrigação, devendo o acompanhamento ser permanente e abranger todo o período de execução do Pacto<sup>48</sup>.

Nestes termos (COSTA, 2013, p. 60), incumbe ao fiscal do contrato proceder o acompanhamento dos serviços prestados à Administração, demonstrando em quais falhas a empresa contratada incorreu ao executar o contrato e quais valores deverão ser utilizados para fins de desconto quando da liquidação das despesas do contrato.

Tal competência demonstra a importância do agente incumbido na função fiscalizatória, pois determinará, sobremaneira, a alocação dos recursos orçamentários e financeiros da Administração.

Quanto aos deveres, Costa (2013, p. 60) exprime que o fiscal do contrato deve ser efetivo na conferência do pagamento dos salários dos funcionários alocados para a prestação dos serviços, bem como dos demais encargos trabalhistas, a exemplo, 13º salário e vale-alimentação, através de cópia dos documentos que comprovem o cumprimento destas obrigações. Só assim, baseando-se nisto, então, é que se poderia atestar a prestação regular do serviço terceirizado.

---

<sup>45</sup> Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/385>>. Acesso em 06 de maio de 2019.

<sup>46</sup> Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: [...]III - fiscalizar-lhes a execução;

<sup>47</sup> Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

<sup>48</sup> COSTA, Antônio França da. Aspectos Gerais sobre o Fiscal de Contratos Públicos. Brasília: Revista do Tribunal de Contas da União, v. 127, p. 64, mai./ago. 2013. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/91>>. Acesso em: 08 de maio de 2019.

De todo modo, através da interpretação acerca da Súmula 331, item V, do TST, dada pelos tribunais, a constatação da responsabilidade subsidiária do ente público depende da verificação acerca do cumprimento do seu dever de fiscalizar.

Este é o entendimento disposto nas Súmulas nº 41 e nº 43, do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por exemplo, respectivamente:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PROVA DA CULPA. (ARTS. 29, VII, 58, 67 E 78, VII, da lei 8.666/93.) Recai sobre o ente da Administração Pública que se beneficiou da mão de obra terceirizada a prova da efetiva fiscalização do contrato de prestação de serviços.”

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A constitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei 8.666/93, declarada pelo STF no julgamento da ADC nº 16, por si só, não afasta a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, quando esta decorre da falta de fiscalização.”

Dessa monta, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido pela Constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93<sup>49</sup> no julgamento da ADC 16/DF, frisa-se que não seria impossível o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, desde que constatada a omissão do tomador de serviços na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, relativas ao Contrato firmado com a prestadora de serviços, em relação a seus empregados, o que se verifica em decisão colegiada proferida pela Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em sede de recurso interposto pelo Estado do Rio de Janeiro. *In verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DECISÃO DENEGATÓRIA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. TERCEIRIZAÇÃO. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS. A transcrição de trecho insuficiente do v. acórdão regional, ou seja, que não

---

<sup>49</sup> 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.

abrange todos os fundamentos adotados pela c. Corte para manter a responsabilidade subsidiária do ente público, não atende ao requisito descrito pelo art.896, §1º-A, I, da CLT, bem como impede a demonstração analítica da alegada ofensa ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, conforme exige o art.896, § 1º-A, III, da CLT. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. RECURSO DE REVISTA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. QUESTÃO PRELIMINAR. FAZENDA PÚBLICA. JUROS DE MORA. DESPACHO DE ADMISSIBILIDADE PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA IN 40 DO TST. Não se aprecia tema recursal, cujo seguimento seja denegado expressamente pela Presidência do TRT em despacho publicado na vigência da Instrução Normativa nº 40 do TST, quando a parte deixa de interpor agravo de instrumento em relação ao tema denegado, diante da preclusão ocorrida. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. **No julgamento da ADC 16/DF, o STF decidiu que o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 é constitucional e, ainda, que isso não impede a responsabilização subsidiária de ente público, desde que caracterizada a culpa in vigilando. No caso dos autos, o eg. TRT de origem, embora tenha afirmado que é do ente público o ônus da prova quanto à efetiva fiscalização das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, examinou a culpa in vigilando do ora Recorrente com base nas provas produzidas nos autos e,** portanto, não se constata afronta a literalidade dos arts. 818 da CLT e 373, I, do CPC de 2015. Recurso de revista de que não se conhece” (ARR – 100477-20.2016.5.01.0001, 6ª Turma, Relatora Ministra Cilene Ferreira Amaro Santos, DEJT 15/02/2019) (grifo nosso)

Nas lições de Di Pietro (2012, p. 85), tendo em vista a incorporação da decisão do STF na atual redação do item V da Súmula nº 331, do TST, a Administração deve tomar as seguintes cautelas quando da contratação de terceiro para prestação de serviços:

- a) colocar nos instrumentos convocatórios e nos contratos cláusula em que fique clara a aplicação da norma do art. 71 da Lei nº 8.666;
- b) inserir nos instrumentos convocatórios de licitação e nos contratos cláusula prevendo a aplicação de penalidade pelo descumprimento da norma do art. 71 da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo da rescisão do contrato com fundamento no art. 78, I e II, da mesma Lei;
- c) na atividade de fiscalização do cumprimento do contrato, verificar se a contratada está cumprindo as obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais

e comerciais resultantes da execução do contrato; em caso de inadimplemento, aplicar as penalidades cabíveis.

Nesta perspectiva, Di Pietro (2012, p. 85) destaca que, caso o Tribunal Superior do Trabalho decrete a aludida responsabilidade do ente público com fundamento na súmula em voga, mesmo tendo a administração adotado todas as medidas indicadas, poderá ser proposta reclamação administrativa ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, diante da análise da autora, a regra seria a da não responsabilidade subsidiária automática da Administração Pública (contratante), caso constatado o inadimplemento do contratado perante seu empregado, a menos que tenha havido omissão ou falha na fiscalização, devidamente comprovada, o que se coaduna à atual e, conseqüentemente, majoritária jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

“AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA - TERCEIRIZAÇÃO - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - DECISÃO REGIONAL CONDENATÓRIA NÃO FUNDADA EM PROVA CONCRETA DA CULPA IN VIGILANDO - REPERCUSSÃO GERAL Nº 246 DO STF. 1. O Supremo Tribunal Federal considerou o art. 71 da Lei nº 8.666/1993 constitucional, de forma a afastar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços nos casos de mero inadimplemento das obrigações por parte do vencedor de certame licitatório (ADC 16). 2. No julgamento da mencionada ação declaratória de constitucionalidade, a Suprema Corte firmou o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa in eligendo ou in vigilando da Administração Pública, e apenas nesses, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responde o ente público pela sua própria incúria. 3. Em 30/3/2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do tema de Repercussão Geral nº 246 (RE 760.931), definiu ser impossível a condenação fundada apenas no inadimplemento contratual, sendo imperiosa a existência de prova concreta da culpa da tomadora dos serviços. 4. **A ratio decidendi da decisão proferida pela Suprema Corte evidencia que a responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços só poderá ser imputada à Administração Pública quando houver prova real e específica de que ela foi negligente na fiscalização ou conivente com o descumprimento das obrigações contratuais pela contratada, incorrendo em culpa in vigilando.** Ficou assentado que não se admite a assertiva

genérica nesse sentido, uma vez que os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e de legitimidade. 5. **Considerando que a decisão regional não indicou prova concreta que tenha demonstrado ter o ente público faltado com o seu dever de vigilância, é impossível a manutenção da responsabilização subsidiária.** Agravo desprovido" (Ag-RR-3081-23.2013.5.02.0065, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 30/05/2019) (grifo nosso)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014 E DO CPC DE 2015. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PODER PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Diante da violação do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, admite-se o Recurso de Revista. Agravo de Instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014 E DO CPC DE 2015. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PODER PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. A comprovação da culpa in vigilando constitui elemento essencial para que seja reconhecida a responsabilidade subsidiária da Administração Pública quanto às obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa contratada (Lei n.º 8.666/93), conclusão essa que se extrai do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC n.º 16/2010, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei 8.666/93. Recentemente, esse posicionamento foi referendado por aquela Suprema Corte ao julgar o Tema 246 da Repercussão Geral (RE 760.931/DF - DJE de 12/9/2017). Assim, **no caso dos autos, não há falar-se em responsabilidade subsidiária da União, porque o Regional vinculou a ausência de responsabilidade subsidiária do tomador de serviços à eficácia de seus procedimentos fiscalizatórios, o que culminou por tornar a responsabilidade subsidiária decorrência automática da inadimplência da empresa prestadora de serviços.** Recurso de Revista conhecido e provido" ("grifo nosso") (RR-11056-90.2015.5.01.0021, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz José Dezena da Silva, DEJT 30/05/2019) (grifo nosso)

Nota-se, por conseguinte, uma exceção da Corte trabalhista quando da revelia do reclamado (tomador dos serviços), sobretudo:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. REVELIA. ÔNUS DA PROVA. Na hipótese, o Tribunal

Regional manteve a condenação subsidiária, esboçando a culpa in vigilando do ente público, consubstanciada na ausência de fiscalização da empresa prestadora dos serviços. Além disso, registrou que o litisconsorte foi considerado revel e confesso em decorrência do não comparecimento à audiência inicial e, em consequência, a matéria de fato alegada pela autora foi admitida como verdadeira. **Conquanto o STF, no julgamento do RE 760.931, com repercussão geral, tenha firmado entendimento de que o ônus da prova da culpa in vigilando, no caso de terceirização trabalhista levada a cabo pela Administração Pública, deve recair sobre o reclamante, em se tratando de revelia, a jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que o ônus probatório é transferido para o reclamado revel, no caso, ente público tomador dos serviços.** Assim, **comprovada a ausência de fiscalização do contrato por meio da confissão ficta do ente público recorrente, tem-se que a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público está em consonância com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho** (Súmula 331, V) e também do Supremo Tribunal Federal (ADC 16 e RE 760.931/DF), inviabilizando o presente recurso, nos termos da Súmula 333 do TST. Precedentes. Agravo de instrumento não provido" (AIRR-11693-95.2015.5.01.0003, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 30/05/2019) (grifo nosso)

Pelo exposto, falhas na fiscalização do contrato - de prestação de serviços *terceirizados* -, desde que *devidamente comprovadas*<sup>50</sup>, trazem para o poder público a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora dos serviços, o que guarda conexão com a decisão no Recurso Extraordinário (RE) nº 760.931, tendo repercussão geral conhecida, que será destrinchado no capítulo seguinte.

---

<sup>50</sup> Em atenção à exposta jurisprudência do TST, entende-se por efetiva fiscalização aquela que comporta material robusto, uma vez que não se admite presunção quanto às provas da ausência de fiscalização contratual, nem mesmo inversão do ônus probatório para tal fim, cujo objetivo é evitar a responsabilidade subsidiária “automática” do tomador de serviços.



#### **4 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931/DF**

O Recurso ora destacado foi amplamente divulgado pela comunidade jurídica na perspectiva da análise do instituto da responsabilidade aplicada à Administração Pública nos contratos de terceirização de serviços no que toca a responsabilização subsidiária pelos encargos trabalhistas, quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços à Administração quanto ao empregado *terceirizado*.

A interpretação emanada pelo Supremo Tribunal Federal neste julgamento, sobretudo com *status* de repercussão geral, representa um marco importante na seara trabalhista, tendo em vista que promoverá mudanças significativas no entendimento de questões voltadas à proteção do trabalhador *terceirizado*, àquele que presta serviços nas dependências da administração pública, como, por exemplo, a própria responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas, o ônus da prova e os princípios consagrados pelo Direito do Trabalho.

Mais que isso, o posicionamento firmado nesta senda alterará a interpretação e *decisum* de juízes de primeiro grau, nas varas do trabalho, bem como dos Tribunais Regionais do Trabalho que, caso não o siga, recair-se-ia em revisão pelos Tribunais superiores.

Para tanto, o objetivo do presente trabalho se finda na análise dialética das diferentes teses dispostas no âmbito dos votos dos Ministros da Corte no Recurso Extraordinário (RE) 760.931/DF à luz da harmonização entre os ditames da Constituição Federal e Direito do Trabalho na seara material e processual.

##### **4.1 O julgamento do paradigma**

Com o objetivo de uniformizar a jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal editou o Tema 246 da Repercussão Geral<sup>51</sup>, o que implicou no sobrestamento<sup>52</sup> de todos os processos relativos ao tema em território nacional, de acordo com a redação abaixo:

---

<sup>51</sup> Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), art. 1.035, § 3º, I: O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou

Tema 246 - Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço.

A partir da publicação da decisão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF foram interpostos Recursos Extraordinários cuja pretensão era a reforma de acórdãos prolatados pelas Turmas do Tribunal Superior do Trabalho que, apesar de afastar a culpa objetiva no âmbito das lides do referido tema, persistia o entendimento quanto a subsistência da culpa subjetiva para fins de responsabilização dos entes integrantes da Administração Pública.

O Recurso Extraordinário 760.931/DF, com repercussão geral reconhecida, foi eleito como representativo do Tema 246, na forma de *leading case* – valendo dizer que antes deste feito a repercussão geral havia sido reconhecida pelo STF no Recurso Extraordinário nº 603.397/SC, sendo Relatora a Ministra Ellen Gracie, que fora substituído.

A aludida repercussão geral compreendeu a constitucionalidade ou não do disposto no artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, uma vez que impede a responsabilização automática do ente da Administração Pública na qualidade de tomador de serviços em razão de inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços, em observância às disposições do art. 37, §6º, e art. 97 da Constituição da República.

Quanto ao *leading case* eleito, importa realçar que se trata de Recurso Extraordinário interposto pela União, cuja irresignação direciona-se a um acórdão prolatado pela Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), proferido depois do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de

---

jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. § 2º. O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal. § 3º. Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I – contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; II - tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos; II – (Revogado); III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal [...].

<sup>52</sup> Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), art. 1.035: [...] § 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

Constitucionalidade nº 16/DF, bem como pós-alteração da redação do inciso VI do enunciado da Súmula nº 331 pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho.

No acórdão paradigma foi declarada a responsabilidade subsidiária do ente integrante da Administração Pública (tomador dos serviços) pelo pagamento das prestações trabalhistas inadimplidas ao trabalhador (reclamante) em razão da culpa *in vigilando* caracterizada, na visão da Segunda Turma do TST, pela omissão da União em não fiscalizar adequadamente o contrato de prestação de serviços.

A União sustentou no Recurso Extraordinário nº 760.931-DF que o acórdão da Segunda Turma do TST violou o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF, uma vez que este último reconheceu a constitucionalidade do disposto no artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993. Por esse motivo, a União não poderia ter sofrido condenação que lhe imputasse responsabilização subsidiária objetiva.

Vale lembrar, ainda, que não há óbice para que o Ente possa ser responsabilizado, bastando que seja comprovada, e não presumida, a culpa *in vigilando* no seio do contrato de serviços.

A recorrente também imputou ao Tribunal Superior do Trabalho desobediência ao conteúdo do acórdão vinculante na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF, sustentando violação ao disposto no art. 102, §2º, da Constituição Federal, que atribui às decisões proferidas em ação de controle abstrato de constitucionalidade a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante.

Inconformada, também sustentou inobservância à Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, onde se resguarda a *cláusula de reserva de plenário* (“Viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”).

Outrora, alegou-se violação ao disposto no art. 97 da Constituição Federal e ao disposto no art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993, tendo em vista que a Corte Trabalhista

optou por decidir a lide com base, exclusivamente, no inciso IV da Súmula nº 331 - deste mesmo Tribunal – ignorando os dispositivos em referência.

Tendo em vista os interesses sociais envoltos à matéria discutida, bem como a fornecimento de subsídios ao Juízo, ingressaram como *amicus curiae*<sup>53</sup> em favor da tese sustentada pela União: (i) o Estado de São Paulo, (ii) o Colégio Nacional de Procuradores - Gerais dos Estados e do Distrito Federal, (iii) a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.; e (iv) a Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais – Abrasf.

Por outro lado, a Federação Nacional das Empresas de Serviços e Limpeza Ambiental foi a única a intervir como *amicus curiae* em favor do reconhecimento da responsabilização subsidiária dos entes da Administração Pública, em contraponto à União Federal.

A Procuradoria-Geral da República, em Parecer jurídico da lavra do Procurador José Bonifácio Borges de Andrada, manifestou-se pelo desprovimento do Recurso Extraordinário.

Neste sentido, defendeu-se a manutenção da responsabilização subsidiária da Administração Pública (União Federal) quando da verificação da culpa subjetiva do ente público (omissão fiscalizatória), se valendo, inclusive, dos fundamentos exarados no acórdão prolatado no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF, sustentando ainda a possibilidade do Supremo Tribunal Federal em rever suas próprias decisões, como no caso concreto, de acordo com a ementa da manifestação abaixo:

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

---

<sup>53</sup> Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), art. 138: O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. [...]

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.** (Grifo nosso)

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.

Quanto ao instituto da responsabilidade civil, cujo foco incide na responsabilidade da Administração, o Procurador ressaltou a divergência de decisões entre as duas Turmas que compõem o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das reclamações constitucionais com o fim de preservar a autoridade da decisão vinculante firmada na ADC 16/DF, uma vez que se equivocaram ao adentrar na apuração concreta da responsabilização objetiva ou não objetiva da Administração Pública, o que foge aos limites do decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF.

Sustentou-se, assim, que não se inclui na competência do Supremo Tribunal Federal dar “atribuição de sentido último e definitivo às normas legais ordinárias, senão o controle de sua constitucionalidade” posto que, do contrário, obstaría a possibilidade de outras interpretações condizentes com a Constituição<sup>54</sup>.

No mais, o órgão do *Parquet* pontuou que toda a Jurisprudência da Corte Constitucional brasileira sempre consagrou a responsabilização objetiva da Administração Pública por atos omissivos danosos ao particular. Já na ADC 16/DF, o acórdão nela prolatado “expressamente permitiu que a responsabilidade do poder

---

<sup>54</sup> Manifestação da Procuradoria Geral da República. p. 35.

público seja reconhecida em face da omissão fiscalizatória danosa ao direito do trabalhador terceirizado”<sup>55</sup>, sendo vedada, contudo, sua transferência automática.

Assim, no entendimento da Procuradoria, no que tange a cassação das decisões da Justiça do Trabalho que imputam responsabilidade subsidiária à administração pública ao argumento da ausência de demonstração de culpa, a Corte Constitucional apreciou, de certo modo, o material fático-probatório, estendendo-se sobre matéria infraconstitucional, quando a sua própria Jurisprudência a impede, rompendo-a, também, na linha da admissão da responsabilização estatal objetiva quando pratica dano ao particular.

Desta monta, ressalta que a responsabilização subjetiva do ente público deve ser reconhecida quando configurada a omissão na fiscalização dos contratos administrativos de prestação de serviços, inclusive com a presunção de culpa, tendo em vista a chamada “prova impossível” para o trabalhador.

De acordo com renomada Doutrina<sup>56</sup>, esclareceu o *Parquet* que “prova diabólica é aquela cuja produção é considerada impossível ou muito difícil”, além de ratificar tal entendimento através de três precedentes do STF. Além disso, corroborou esta noção através das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, uma vez que “a presunção de culpa se justifica pela ausência de conhecimento e domínio do Trabalhador terceirizado sobre os procedimentos internos de fiscalização do contrato administrativo”<sup>57</sup>.

Nesta linha, constata que a imputação do ônus probatório - relacionado à omissão estatal - ao trabalhador equivale, na prática, à “consagração da irresponsabilidade do Estado por omissão em cumprir com um dever legal, solução inadmissível na atual quadra evolutiva do Estado Democrático de Direito”<sup>58</sup>.

Desse modo, a inversão do *onus probandi* em favor do Trabalhador terceirizado é medida que se impõe:

---

<sup>55</sup> Manifestação da Procuradoria Geral da República. P. 35.

<sup>56</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. 2º vol. Salvador: Ed. Jus Podvum, 2016, pp. 117.

<sup>57</sup> Manifestação da Procuradoria Geral da República. p. 85.

<sup>58</sup> Manifestação da Procuradoria Geral da República. p. 86.

O administrado não pode conhecer toda a intimidade do aparelho estatal, seus recursos, suas ordens internas de serviço, os meios financeiros e técnicos de que dispõe ou necessita dispor para estar ajustado às possibilidades econômico-administrativas do Estado. Ora, quem quer os fins não pode negar os necessários meios. Se a ordem jurídica quer a responsabilidade pública nos casos de mau funcionamento do serviço, não pode negar as vias de direito indispensáveis para a efetiva responsabilização do Estado - o que, na verdade, só ocorrerá eficientemente com o reconhecimento de uma presunção *juris tantum* de culpa do Poder Público, pois, como regra, seria notavelmente difícil para o lesado dispor dos meios que permitiriam colocá-la em jogo. Razoável, portanto, que nestas hipóteses ocorra inversão do ônus da prova.<sup>59</sup>

A Procuradoria Geral da República, no Parecer, sugere a interpretação do disposto no art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 sob a perspectiva da função socioambiental do contrato administrativo, ou seja, para além da finalidade puramente econômica.

Na ótica da manifestação do *Parquet*, em atenção aos princípios que regem as contratações administrativas, tal interpretação deveria integrar e contextualizar todas as outras disposições da própria Lei 8.666/93, quando impõem o dever de fiscalização das obrigações trabalhistas.

Diante do exposto, o órgão da Procuradoria Geral da República opinou no sentido da constitucionalidade do disposto no art. 71, §1º, da Lei das Licitações e Contratos administrativos, devendo, assim, ser evitada a transferência automática da responsabilização trabalhista, na forma subsidiária, do empregador (prestador de serviços) para o ente público (tomador de serviços).

Tal transferência automática era o cerne da polêmica na jurisprudência trabalhista. No entanto, de acordo com o Parecer jurídico, a responsabilização por omissão ou deficiência fiscalizatória do ente público contratante prevalece na medida em que é um dever extraído da interpretação sistemática e teleológica de dispositivos da Lei de Licitações e do rígido padrão fiscalizatório assentado nas disposições da IN 02/2008 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão.

---

<sup>59</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 1032.



Mais que isso, fora reforçado que o fundamento da fiscalização é pautado na função socioambiental do contrato administrativo, que submete a realização dos interesses imediatos da administração pública à proteção da sociedade constitucional e, em especial, dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores à luz do art. 7º da Constituição Federal.

Outrossim, sustenta-se que o inadimplemento trabalhista resultante da omissão fiscalizatória do contrato administrativo se equipara, em consequências, à omissão por falha do serviço, tendo em vista que esta enseja a responsabilidade aquiliana objetiva, na forma do art. 37, §6º, da Constituição Federal. Ou seja, acarreta a responsabilidade objetiva estatal.

Sendo assim, a não se adotar a presunção da culpa ou a responsabilização extracontratual e objetiva da Administração Pública, remonta-se a irresponsabilidade do Estado (absolutista), como advertido na manifestação do *Parquet*:

A negativa de responsabilidade subsidiária do Poder Público, na hipótese de omissão fiscalizatória, ou a imputação de *onus probandi* ao trabalhador demandante, quanto à omissão estatal, equivale, em consequência, à irresponsabilidade estatal, com grave violação ao princípio de justiça em que se assenta o Estado de Direito.<sup>60</sup>

Contudo, o Supremo Tribunal Federal não adotou a fundamentação exarada no Parecer lavrado pelo Procurador-Geral da República no apreço do aludido recurso, conforme se verificará em exposição a seguir.

#### **4.2 O posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**

O acórdão prolatado no âmbito do Recurso Extraordinário 760.931/DF, que trata do Tema 246 de Repercussão Geral, pelo Supremo Tribunal Federal, revelou diferentes posicionamentos dos senhores Ministros do Tribunal acerca da Terceirização, bem como sua prática na Administração Pública.

---

<sup>60</sup> Manifestação da Procuradoria Geral da República. p. 99.

Da leitura do referido acórdão e votos, extrai-se, inicialmente, que diante da divergência entre os Ministros acerca da responsabilização trabalhista do Estado quando o ente público figura como tomador de serviços, ao mesmo tempo, houve concordância em alguns aspectos, como o conhecimento do fenômeno da terceirização, seus efeitos prejudiciais, como se fosse uma categoria jurídica e um fato que não pudesse ser solucionado.

No mais, concordam que a interpretação acerca do fenômeno deveria ser restritiva, objetivando prevenir a propositura de novas Reclamações Constitucionais<sup>61</sup>, tendo em vista que foram propostas em grande volume, tendo sido questionado os vereditos da Justiça do Trabalho quanto à responsabilização detalhada neste trabalho.

Inicialmente, a Ministra Rosa Weber, relatora originária, realçou que o julgamento do mérito na Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, não pacificou o tema no âmbito jurisdicional na Justiça do Trabalho, tendo sido prolatadas decisões divergentes, ocasionando a suspensão do andamento processual de cinquenta mil ações trabalhistas.

Destacou-se, também, a realidade fática da lide:

Vale registrar que, segundo dados do DIEESE, de 2014, pelo menos 12,7 milhões de trabalhadores laboram atualmente no Brasil de forma terceirizada, representando cerca de 26,8% da mão de obra com carteira assinada, o que demanda um olhar especialmente atento para o caso<sup>62</sup>.

Neste aspecto, o número de cidadãos brasileiros envolvidos na repercussão geral e conseqüente sobrestamento denotam, de plano, um interesse da sociedade civil como um todo na resolução da causa, sob o viés civilizatório e na perspectiva do trabalhador, pois este figura na relação de trabalho como um cidadão, permanecendo em tal condição quando do exercício do papel de empregado-terceirizado, o que não pode ser esquecido.

---

<sup>61</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art.102, I, alínea I.

<sup>62</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto da Ministra Rosa Weber, p. 159.

Na sequência, depois de classificar a terceirização como uma relação assimétrica e trilateral, constituindo a nomenclatura de um neologismo brasileiro, segundo Paula Marcelino e Sávio Cavalcante, a Ministra Rosa Weber tratou-a como irreversível no atual contexto histórico, econômico e social, lembrando sua abrangência pela crescente transferência de tarefas do setor público para o setor privado, além dos serviços secundários que mascaram atividades inerentes às próprias funções do Estado.

A relatora contextualizou a Terceirização na *organização produtiva das empresas* pós-fordistas e a identificou como uma forma de *flexibilização* das relações de trabalho, em consonância ao entendimento de José Dari Krein, o que resulta na permissão de um rebaixamento nos salários, nas condições de trabalho, e na segurança do trabalho, além de promover a segmentação da representação sindical.

Ademais, na perspectiva de Graça Druck, a Ministra-relatora aborda a terceirização como sendo uma estratégia de gestão, que busca maior qualidade, competitividade e produtividade – resultado da globalização – “por meio da redução dos custos trabalhistas e da precarização do trabalho”<sup>63</sup>.

Com base nos ensinamentos de Vitor Araújo Filgueiras, Auditor Fiscal do Trabalho, o voto relaciona o impactante nexo de causalidade entre a terceirização e o trabalho escravo no Brasil, tendo em vista a posição privilegiada do empresariado sobre o trabalhador, na relação de emprego, e a redução da probabilidade de “atuação dos agentes que poderiam impor limites a esse processo”<sup>64</sup>.

Dessa forma, a terceirização obstará a própria fiscalização administrativa e facilitará a prática do inaceitável trabalho análogo ao do escravo, uma vez que a relatoria concluiu que:

A força de trabalho, uma vez entregue, não pode ser reposta: não há retorno ao *status quo ante* no que se refere ao labor prestado. A falta da contraprestação devida, independentemente de quem arque com esse com esse pagamento, transforma a terceirização em escravo moderno<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto da Ministra Rosa Weber, p. 13.

<sup>64</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto da Ministra Rosa Weber, p. 42.

<sup>65</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto da Ministra Rosa Weber, p. 47.

Quanto à atuação da Administração Pública para fins de realização do interesse público em sociedade, a Ministra Rosa Weber identificou a utilização em larga escala da “terceirização desgovernada”, como pontua Winnicius Pereira de Góes, ou “válvula de escape”, como sustenta Luciano Ferraz, maculando, de certa forma, a regra constitucional relacionada à acessibilidade dos cidadãos ao serviço público.

Destacou-se ainda no voto em comento que a responsabilização do ente público por conta dos débitos trabalhistas derivados do inadimplemento da empresa prestadora de serviços revela verdadeira afronta ao texto constitucional.

No comparativo dentre as teorias da Responsabilidade Civil do Estado, lembrou-se na fundamentação do voto, inicialmente, da ultrapassada teoria da irresponsabilidade do Estado absolutista, para situar-nos à atual regra prevalecente, qual seja, a disposta no art. 37, §6º, da Constituição Federal, consagrando a teoria do risco administrativo, que impõe a responsabilidade objetiva do Estado – independentemente de culpa ou procedimento contrário ao ordenamento jurídico – pelos danos decorrentes da atividade administrativa.

Diante dos parâmetros constitucionais e adoção, por parte do STF, da responsabilização objetiva do Estado tanto para danos decorrentes de condutas comissivas quanto omissivas, a Ministra Rosa Weber destacou que:

[...] o Ministro CELSO DE MELLO já reconheceu a necessidade de controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do Estado, considerada a necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais, como a proibição de retrocesso social, a proteção ao mínimo existencial, a vedação da proteção insuficiente e a proibição de excesso [...]

O Voto alerta que, sob o prisma da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao assunto – pacificando a consagração da responsabilidade objetiva da Administração Pública no caso de ausência de fiscalização –, quando da ocasião do julgamento da ADC 16/DF, o mesmo Tribunal abandonou o entendimento em destaque. Contudo, teria sido mantida também, majoritariamente, a compreensão de que,

demonstrada a culpa da Administração Pública, seria possível constatação de sua responsabilização subsidiária.

A Ministra Rosa Weber entendeu que embora tenha sido declarada a constitucionalidade do disposto no art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 pelo STF, na Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF, o que se tem repudiado é a:

[...] responsabilidade contratual da Administração Pública, pelas obrigações trabalhistas relativas aos empregados do particular, em razão da simples condição de celebrante do contrato administrativo, não podendo, automaticamente, ser considerada devedora principal daqueles trabalhadores.<sup>66</sup>

No entanto, haverá flexibilidade acerca da matéria:

A constitucionalidade desse preceito legal, declarada pelo Plenário desta Corte, todavia, não inibe o equacionamento do tema à luz das demais normas e princípios do ordenamento jurídico pátrio. Não há como referendar posição que, em interpretação draconiana do ordenamento jurídico, preconiza verdadeiro abandono dos terceirizados à própria sorte.<sup>67</sup>

Na mesma medida, fora constatada no voto verdadeira contradição no âmbito da *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, pois, em se tratando de direitos previdenciários, há previsão de responsabilidade solidária do ente público, e não apenas subsidiária, que no caso, exclui o benefício de ordem.

Tendo em vista a disparidade de armas na relação de emprego, sendo o trabalhador figura hipossuficiente, a distribuição do ônus da prova é, talvez, a parte mais crucial do julgado, que ultrapassa a questão da constitucionalidade debatida no âmbito da ADC 16/DF, sendo tal questão também apreciada no voto da Ministra Rosa Weber.

---

<sup>66</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto da Ministra Rosa Weber, p. 74-75.

<sup>67</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto da Ministra Rosa Weber, p. 75.

Nesta esteira, destacou-se a presunção de legitimidade como um dos atributos dos atos administrativos, todavia, que “não exonera a Administração Pública de demonstrar o cumprimento dos deveres legalmente estabelecidos”<sup>68</sup>.

Assim sendo, com base no entendimento da relatora, pressupõe-se que a solução para a questão se daria através da teoria da culpa presumida, encabeçada por Celso Antônio Bandeira de Mello, pois:

[...] 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<sup>69</sup>.

Nesta perspectiva, à luz do princípio da aptidão para a prova, a Ministra incorpora no voto que o ônus da prova incumbiria aquele que dispõe de melhores condições de realizá-la, independentemente de imposição legal, razão pela qual seria “desproporcional impor aos terceirizados o dever probatório quanto ao descumprimento da aludida fiscalização por parte da Administração Pública”<sup>70</sup>, refutando a chamada “prova diabólica”, de modo que a teoria dinâmica do *onus probandi* foi abraçada pelo Código de Processo Civil na forma do art. 7º<sup>71</sup> e disposição do art. 373, §1º.

Nesta linha, conduziu que cabe à Administração Pública o poder-dever fiscalizatório do cumprimento do contrato de prestação de serviços como determinado em vários dispositivos da Lei 8.666/93 e na Instrução Normativa nº 02 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

---

<sup>68</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto da Ministra Rosa Weber, p. 117.

<sup>69</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto da Ministra Rosa Weber, p. 120-121.

<sup>70</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto da Ministra Rosa Weber, p. 124.

<sup>71</sup> Código de Processo Civil (Lei 13.105/2014), art. 7º: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Ponderou-se, ainda, os princípios do direito administrativo (art. 37 da Constituição Federal), como a legalidade e moralidade pública, tendo concluído que caberia à Administração Pública o ônus probatório no cumprimento do poder-dever fiscalizatório do contrato de prestação de serviços, em observância, até mesmo, das regras e direitos trabalhistas.

Reiterou-se, assim, o caráter social e fundamental dos direitos dos trabalhadores, imaginando ainda a hipótese de serem furtados, e que, diante disto, provocaria um significativo esvaziamento da própria dignidade da pessoa humana. Assim sendo, a relatoria expôs uma relação de interdependência no que tange a alimentação, emprego e a própria subsistência:

O cumprimento de tais normas, de modo eficaz, por parte da Administração Pública federal, ao menos minimizaria a frustração dos direitos de milhares de trabalhadores – geradora, tal frustração, de danos no ponto mais sensível da sua sobrevivência: a fonte alimentar.<sup>72</sup>

Neste ínterim, houve certa reflexão quanto ao tratamento conferido à mesma classe (terceirizados), todavia, de forma desigual, na medida em que os terceirizados no âmbito da Administração Pública seriam mais desprotegidos do que os empregados terceirizados das Empresas privadas, uma vez que estes poderiam obter seus créditos diretamente com a tomadora de seus serviços de maneira mais “desembaraçada”, de forma subsidiária - sem toda a questão pública em debate, inclusive, derivada de óbice constitucional.

Ou seja, tendo ainda por base o princípio da igualdade, o ente da Administração Pública que figura como tomador dos serviços terceirizados em uma relação de subcontratação seria o “privilegiado”, de modo que sua posição seria vantajosa em relação a qualquer particular que assumisse igual papel, pensando-se na supremacia do interesse público, da presunção de legalidade dos atos administrativos, etc. Tal posição tende a se agravar quando o “particular” da relação é o trabalhador.

---

<sup>72</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto da Ministra Rosa Weber. p. 141.

A relatora relacionou algumas proposições legislativas em trâmite no Congresso Nacional indicando que nenhuma delas se dispôs à “irresponsabilidade do tomador dos serviços, mas sim sua responsabilidade, subsidiária ou solidária, pelos encargos trabalhistas daqueles que lhe prestam serviços”<sup>73</sup>. Mais que isso, como solução, propuseram em algum daqueles a criação de um seguro, importando experiência estadunidense, a ser adquirido pela empresa contratada à prestação do labor.

Na conclusão do voto, a Ministra Rosa Weber negou provimento ao Recurso Extraordinário 760.931/DF, pois não restou convencida de que o Tribunal Superior do Trabalho houvesse declarado a inconstitucionalidade do disposto no art. 71 da Lei 8.666/93 nem mesmo afastado a incidência do parágrafo 1º do mesmo dispositivo, sintetizando que:

Como mencionado ao início, na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a responsabilidade do Estado por danos decorrentes de descumprimento de dever legal – hipótese em exame – ocorre no campo da responsabilidade subjetiva com culpa presumida, em que se impõe ao ente público tomador dos serviços a prova do cumprimento do seu dever, no caso, fiscalizatório. Assim, não adimplidas, pela prestadora de serviços, as obrigações trabalhistas devidas aos seus empregados, caberia à Administração Pública, tomadora dos serviços, demonstrar, conforme lhe competia, que se desincumbira dos deveres impostos pela legislação, quanto ao acompanhamento e fiscalização da execução do contrato, a fim de afastar sua culpa *in vigilando*. Concluir pela irresponsabilidade estatal ou pela imposição do encargo probatório ao trabalhador, em hipóteses como a debatida, implicaria desconsideração do valor social do trabalho e dos princípios trabalhistas, que visam a assegurar o resguardo dos direitos fundamentais do trabalhador e do princípio da dignidade humana, em homenagem à nova ordem constitucional. O mesmo Poder Público que exige dos empregadores privados, por meio das suas regras de caráter cogente, o cumprimento da totalidade do conjunto das obrigações trabalhistas deve se esmerar para que essas sejam honradas em relação àqueles que lhe prestam serviços. Ante o exposto, tendo sido afastada, ao julgamento da ADC 16, a responsabilidade objetiva do Estado, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços, e abraçada a tese da responsabilidade subjetiva – seja pela tese da culpa presumida, alicerçada na

---

<sup>73</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto da Ministra Rosa Weber, p.156.



doutrina de BANDEIRA DE MELLO, seja pelos princípios da aptidão para a prova e da cooperação na atividade probatória ou seja pela distribuição dinâmica da prova –, imperativo concluir que o dever de demonstrar o cumprimento dos deveres de fiscalização, decorrentes da Lei de Licitações, é da Administração Pública que, cumpre lembrar, se beneficiou dos serviços prestados<sup>74</sup>.

Por antecipação, o Ministro Edson Fachin proferiu seu voto, acompanhando a Ministra Relatora, registrando o seguinte:

Diante do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário, para, na esteira proposta pela Ministra Relatora, firmar a tese de que: “Diante da configuração de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, o ente público deverá ser responsabilizado por ter faltado com o dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços por ele contratada.” É como voto<sup>75</sup>.

O Ministro Roberto Barroso, por sua vez, no terceiro voto, expôs algumas proposições que, por certo, conduziriam seu julgamento:

O caso coloca, contudo, debate mais amplo. Sua decisão impõe que se respondam as seguintes questões: (i) Qual é a natureza da responsabilidade do Poder Público: a mera inadimplência das obrigações trabalhistas por parte da contratada enseja a responsabilidade da Administração Pública ou é necessária a comprovação de *culpa in vigilando*? (ii) A depender da resposta anterior, qual é a abrangência da fiscalização a ser efetivada pelo Poder Público para evitar a configuração de *culpa in vigilando* e, portanto, a responsabilização da Administração? (iii) Em caso de constatação de infração a obrigações trabalhistas, no âmbito da fiscalização promovida pela Administração, quais medidas devem ser tomadas a fim de evitar a alegação de omissão por parte do ente público? (iii) A quem cabe o ônus de provar a ocorrência de *culpa in vigilando*? É o que se passa a examinar<sup>76</sup>.

Primeiramente, quanto às questões, o Ministro responde que a natureza jurídica da responsabilidade estatal não é subsidiária automática em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas à prestação dos serviços para a

---

<sup>74</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto da Ministra Rosa Weber, p. 172.

<sup>75</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Edson Fachin, p. 179.

<sup>76</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Roberto Barroso, p. 188.

Administração, como já havia sido emanado na ADC 16/DF, onde se per fez declarada a constitucionalidade do disposto no art. 71, §1º, da Lei 8.666/93.

Na visão do Ministro, desconsiderando tais fatos, a Justiça do Trabalho em suas decisões estaria, através de recurso retórico, se valendo de mera alusão à culpa *in vigilando*, não verificando concretamente se a Administração Pública praticou ou não atos fiscalizatórios ou, em demais casos, pela invocação de que, constatado o inadimplemento, automaticamente a culpa *in vigilando* é medida que se imporá, violando o precedente proferido na ADC 16/DF.

Grifando em negrito que “a obrigação da Administração Pública de fiscalizar as empresas contratadas é uma obrigação de meio e não de resultado”, o Ministro Barroso afastou da Administração Pública o “ônus de impedir a ocorrência de qualquer irregularidade”<sup>77</sup>, uma vez que, na sua visão, não se deve confundir o ente público com o real empregador.

Concluiu, assim, que “só haverá culpa *in vigilando* e, por conseguinte, responsabilidade da Administração, se esta for omissa na fiscalização adequada do cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada”<sup>78</sup>.

Sustentou-se, assim, que a terceirização é expressão dos princípios da eficiência e da proporcionalidade, uma vez que por meio da subcontratação em serviços de atividades-meio permite-se que a Administração Pública concentre recursos, pessoal, tempo e energia em suas atividades-fim. Ademais, possibilita a contratação de prestadores de serviço especializados nas atividades-meio, tendentes, por isso, a prestá-las com maior eficiência e a menor custo.

Neste sentido, o Ministro Barroso consignou que:

A terceirização idealmente resulta, portanto, para a Administração, em redução de custo, aumento da eficácia das atividades-meio prestadas pelo

---

<sup>77</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Roberto Barroso, p. 191.

<sup>78</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Roberto Barroso, p. 192.

terceirizado e, portanto, aumento do desempenho na atividade-fim desenvolvida diretamente pelo Poder Público<sup>79</sup>.

De modo a afastar a forma de fiscalização integral prevista nas Instruções Normativas nº 2/2008 e 03/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, defendeu que a mesma ocorra *por amostragem*, exemplificando com o estudo elaborado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), no qual se defende a adoção da sistemática da fiscalização *por amostragem*, e também com o Manual de Gestão de Contratos do Superior Tribunal de Justiça, que prevê a fiscalização não só por amostragem como também *aleatória*. Apontou, ainda, acórdãos do Tribunal de Contas da União que parecem adotar tal modalidade de fiscalização.

Assim sendo, uma vez constatado o inadimplemento trabalhista, devem ser fixados “critérios objetivos de fiscalização e medidas aptas a sanar o inadimplemento trabalhista pelas contratadas<sup>80</sup>”.

Na ótica do ilustre Ministro, para eximir o ente público da responsabilização por omissão, inclusive da subsidiária pelo descumprimento das obrigações trabalhistas, a Administração Pública deverá: (i) a notificar a empresa, assinando-lhe prazo para corrigir a irregularidade detectada; (ii) se não corrigida a irregularidade, ajuizar ação voltada à liquidação e efetivação do pagamento em juízo dos valores inadimplidos<sup>81</sup>.

O Ministro pontuou sobre o ônus da prova que:

Não é razoável atribuir ao cidadão prova de fato negativo, ou seja, prova de não fiscalização. Esse tipo de exigência é ainda mais absurdo no caso dos trabalhadores, diante da sua manifesta hipossuficiência, ao passo que se trata de prova de considerável simplicidade para o Poder Público.

Por fim, negou-se provimento ao recurso extraordinário, concluindo, em suma, que cabe ao ente integrante da Administração Pública provar que “realizou fiscalização

---

<sup>79</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Roberto Barroso, p. 193.

<sup>80</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Roberto Barroso, p. 200.

<sup>81</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Roberto Barroso, p. 201.

adequada e de que tomou as medidas indicadas para buscar sanar eventuais irregularidades trabalhistas, sob pena de configuração de culpa *in vigilando*<sup>82</sup>”.

Em sequência tem-se o quarto voto, do Ministro Luiz Fux, sendo o primeiro a acender a divergência no debate, discordando da Ministra Relatora, opinando pelo provimento do Recurso Extraordinário em voga.

Inicialmente, o Ministro exarou que caso julgasse pelo não provimento do RE 760.931 DF, estaria se interpretando diversamente ao que foi prolatado quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF, que declarou constitucional o disposto no art. 71 da Lei 8.666/93, ou seja, estaria se nulificando a coisa julgada.

Além disso, o Ministro Fux ainda pontua que a alteração imposta pela Lei 9.032 ao disposto no art. 71 da Lei 8.666/93 livrou a responsabilização subsidiária da Administração Pública em razão de uma *omissão eloquente*<sup>83</sup> pelo Poder Legislativo, do mesmo modo, tendo sido criada responsabilidade solidária fiscal previdenciária.

Desta monta, o Ministro deixou às claras que o legislador não previu a responsabilização do ente público por escolha própria, então, ao contrário da proposição do Ministro Barroso em tentar regulamentar a atuação da Administração Pública, defende que “estaria criando fórmulas para assentar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública<sup>84</sup>”. Outrora, segundo a autoridade, no atual Código Civil a previsão para *culpa in vigilando* bem como para a *culpa in elegendo deixou de existir*, restando, apenas, a responsabilidade objetiva por fato de terceiro.

Já o Ministro Ricardo Lewandowski, no quinto Voto<sup>85</sup>, sustentou que não havia incompatibilidade entre o acórdão prolatado na ADC 16/DF e o desprovimento do Recurso Extraordinário 760.931/DF, julgando pela responsabilização da Administração Pública no caso de implemento da culpa devidamente comprovada e sob o seu amplo

---

<sup>82</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Roberto Barroso, p. 204.

<sup>83</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Luiz Fux, p. 226.

<sup>84</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Luiz Fux, p. 224.

<sup>85</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 227.

alcance, como a culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando* ou outras culpas também consagradas.

O Ministro elogiou o voto proferido pela Ministra Rosa Weber no intuito da *íntima* relação entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho, sustentando, ainda, que o Preâmbulo da Constituição da República tem *valor exegético interpretativo*, consagrando o Estado Democrático para assegurar o exercício dos direitos sociais.

Também relembrou que a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do Trabalho e a construção de uma sociedade justa e solidária são fundamentos da República Federativa do Brasil, desencadeando a responsabilização do Estado na fiscalização do “cumprimento, na efetivação e na concretização desses valores que são fundantes do próprio Estado Democrático de Direito”. Declarou, inclusive, frase de cunho moral, onde se lê: “fazer com que os direitos trabalhistas e previdenciários sejam adimplidos pelas empresas contratantes.”<sup>86</sup>

Nestes termos, o Ministro Ricardo Lewandowski negou provimento ao Recurso Extraordinário em apreço, acompanhando a relatora originária, Ministra Rosa Weber.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio<sup>87</sup> propugnou que a justiça do trabalho, ao julgar as lides trabalhistas, desconsiderou a decisão no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF, utilizando-se da expressão “passou a bater carimbo” quando da condenação da Administração Pública sem se atentar a comprovação, ou não, do implemento da culpa, ante a ausência de vigilância na satisfação de direitos trabalhistas, colocando o Supremo Tribunal Federal em uma “verdadeira camisa de força” em razão do desrespeito àquele acórdão.

O Ministro ainda realça que a posição jurisdicional da Justiça do Trabalho, neste sentido, deixou a Corte Constitucional em uma situação muito delicada, tendo em vista que aquela teria se posicionado como “um verdadeiro Supremo”, quando julgaram reiteradamente pela falta de fiscalização da Administração Pública, “como se devesse,

---

<sup>86</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 228.

<sup>87</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 232.

olvidando os parâmetros do contrato de terceirização, constituir equipe e colocar dentro da empresa contratada”<sup>88</sup>.

Nesta linha, o Ministro Marco Aurélio disparou que estava em trâmite no Congresso Nacional o projeto de Lei 4.330, que teria excluído a aplicação da Lei 8.666/93. Dessa forma, exclamou que o princípio da legalidade é a medula do Estado Democrático de Direito e que o julgador deve atuar vinculado ao direito positivo, observando a *autocontenção*. Isto é, para o douto julgador, ou se declara o disposto no art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 conflitante com a Constituição Federal, restaurando-se ou criando a responsabilidade subsidiária ou se “placita a ordem jurídica”.

Nesta perspectiva, aclara o Ministro que, caso o Supremo Tribunal Federal volte atrás (ou seja, no que diz respeito à declaração de constitucionalidade do dispositivo supracitado), resultará em insegurança jurídica. Entretanto, na sua visão, sem declarar a inconstitucionalidade, a Justiça do Trabalho passaria a atuar como *legislador positivo*<sup>89</sup>.

No que tange ao ônus da prova, ressalva o julgador que a presunção interpretada à luz do disposto no art. 71 da Lei 8.666/93 milita em favor da Administração Pública, e não o contrário. Ou seja, não se pode exigir do ente público atuação semelhante a do Empregador, nem mesmo se pode cobrar um *dever de censura* sobre a empresa contratada, pois esta é quem deverá ser responsabilizada pelos ônus assumidos<sup>90</sup>.

Concluiu-se, assim, pelo provimento do recurso, julgando improcedente o pedido de responsabilização subsidiária da Administração.

O Ministro Dias Toffoli<sup>91</sup>, depois de registrar como magnífico o voto da Ministra relatora do paradigma, consignou que não se estava julgando apenas um caso de condenação qualquer acerca de verbas trabalhistas, mas sim uma repercussão geral, cuja importância do tema, se desconsiderada, poderia encadear a manutenção de enxurrada de reclamações constitucionais junto ao Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>88</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 232.

<sup>89</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 233.

<sup>90</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 235.

<sup>91</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Dias Toffoli.

Com base em transcrições de atos processuais praticados no seio da ação trabalhista que dera origem ao julgamento em tela, tais como a ata de audiência e a sentença prolatada, o Ministro Toffoli entendeu não ser possível que a Administração Pública consiga fiscalizar todas as verbas da condenação, inclusive, após uma rescisão contratual.

De acordo com o teor do voto do Ministro, no caso concreto, a União não disporia de elementos satisfativos à defesa em razão da confissão da empresa prestadora dos serviços, uma vez que esta não compareceu em audiência. Sustentou, desse modo, que se estaria à baía de uma “responsabilidade objetiva do Estado para além de uma presunção de ausência de fiscalização por parte do Estado<sup>92</sup>”.

Em adiantamento de voto<sup>93</sup>, o Ministro Dias Toffoli sagrou perspectiva histórica relacionada às reclamações constitucionais cujas decisões foram, inicialmente, para anular decisões condenatórias oriundas da justiça do trabalho, inclusive, com reanálise de fatos e provas, contudo, “respeitando o entendimento da ADC 16 no sentido de se admitir a responsabilidade subsidiária do poder público com base em prova nos autos da omissão da Administração Pública na fiscalização do contrato”. Detectou-se, a partir de então, prejuízo à carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal.

Diante da “sobrecarga descomunal de competência originária do Supremo”<sup>94</sup>, defendeu o douto Ministro que o conhecimento das futuras reclamações constitucionais deveria perpassar pelo pressuposto do esgotamento das instâncias na Justiça do Trabalho, em observância a regra disposta no art. 988, §5º, II, do Código de Processo Civil<sup>95</sup>, entendendo-se, assim, pelo provimento do Recurso Extraordinário 760.931/DF.

A Ministra Cármen Lúcia, que à época do julgamento em análise presidia o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, iniciou seu voto<sup>96</sup> sob uma perspectiva

---

<sup>92</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Dias Toffoli. p. 251-252.

<sup>93</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Dias Toffoli, p. 253.

<sup>94</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministro Dias Toffoli. p. 254.

<sup>95</sup> Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015): Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] §5º É inadmissível a reclamação: [...] II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. [...]

<sup>96</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, Voto do Ministra Cármen Lúcia, p. 279.

histórica do julgamento em voga, com a transcrição da ementa do acórdão da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, bem como de trechos de seu voto incutido no acórdão da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF, restando ciente quanto aos precedentes do Supremo Tribunal Federal “quando demonstrada a possibilidade de responsabilização subjetiva e subsidiária da Administração Pública nesses casos”.

Desse modo, a nobre julgadora se reportou aos fundamentos de seu julgamento monocrático no âmbito da Reclamação 1532, primando que a “atribuição de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo pagamento de obrigações trabalhistas nega vigência ao art.71, §1º, da Lei 8.666/1993 e contraria a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº16/DF”.

Torna-se evidente, portanto, a partir do voto vogal, que não se aceita a presunção de culpa da Administração Pública pura e simples, sendo imprescindível a *prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador*. Assim sendo, em razão de a Ministra Cármen Lúcia separar a responsabilização objetiva, prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal, da responsabilização contratual, que é a tratada na Lei 8.666/93, pressupõe-se que a responsabilidade subsidiária não encontra amparo constitucional.

Sob este cenário, a Ministra Cármen Lúcia declarou que a decisão do Tribunal Superior do Trabalho contrariou o julgamento do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF, por isso, deu-se provimento ao Recurso Extraordinário da União, fixando, ainda, tese com 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*”.

Neste ínterim, o julgamento foi suspenso devido ao empate de votos, cinco a cinco, aguardando-se a chegada do Novo Ministro<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> Diante do falecimento do Ministro Teori Albino Zavascki em um acidente aéreo, na data de 19 de janeiro de 2017, o Ministro Alexandre de Moraes tomou posse da vaga deixada em aberto no Supremo Tribunal Federal em 22 de março de 2017.



Quando retornado o julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes apreciou os fundamentos dos votos prolatados pelos demais julgadores, firmando que a nova diretriz jurisprudencial, adotada pela *Justiça Especializada do Trabalho*, depois do julgamento da ADC 16/DF, validou “imputações construídas sobre plataformas teóricas da culpa presumida e da culpa *in vigilando*”, o que resultou na formação de um *contencioso adicional* representativo das reclamações constitucionais, não sendo capaz de “suprir os novos impasses interpretativos”<sup>98</sup>.

O voto do Ministro registrou que a atuação da justiça trabalhista estaria se valendo “à base de presunções” e que, portanto, remonta o *veredicto da ADC 16/DF*.

Sendo assim, explana duas decisões na seara do RE 760.931/DF acerca do ônus da prova, sendo a primeira encabeçada pelo Voto da Ministra Rosa Weber, uma vez que consagra que o ônus da prova quanto à fiscalização do contrato administrativo incumbiria à Administração Pública. Já a segunda linha de interpretação, que rejeita qualquer tipo de presunção, admite-se a responsabilização da Administração Pública desde que esteja inequivocamente lastreada em elementos concretos de prova da falha na fiscalização do contrato.

Inicialmente, o Ministro Alexandre de Moraes sustenta a premissa de que “a responsabilidade objetiva é uma regra de exceção e não se confunde com a responsabilidade civil contratual do Estado, como na hipótese em questão”.

Neste sentido, reforçou a irresponsabilidade da Administração Pública perante a previsão do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, indicando ainda que “o silêncio da Lei 9.032/95”<sup>99</sup> sobre isso apenas confirmou a mensagem legal que já existia anteriormente”<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, fala do Ministro Alexandre de Moraes, p.319.

<sup>99</sup> Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, assim como altera o §1º e o §2 do artigo 71 da Lei 8.666/93, além de criar oitocentos e sessenta e cinco empregos públicos temporários.

<sup>100</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, fala do Ministro Alexandre de Moraes, p. 321.

Através de fundamentos que perpassam os interesses da iniciativa privada “como estratégia essencial para que o Estado brasileiro consiga se modernizar”<sup>101</sup>, segundo o Ministro, haveria desestímulo, por parte do particular, em colaborar com a Administração Pública caso se consolide a responsabilização trabalhista estatal na lógica da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, tendo por base a “aguda recessão econômica como também a necessidade de modernização e eficiência da Administração Pública”<sup>102</sup>.

Dessa forma, reforçando os interesses do particular, bem como econômicos, diante da situação apresentada, o Ministro enfatiza que haveria um duplo gasto do poder público caso se pensasse em manutenção de setores específicos para garantia de efetiva fiscalização a ser realizada sobre os contratos administrativos, sendo que, para ele, esta tarefa destina-se ao Empregador (prestador de serviços) e não ao tomador, pois que revelaria subordinação – ou seja, completa distorção da lógica econômica do Pacto.

Pelo exposto, o Ministro Alexandre de Moraes admitiu, como exceção, a imputação de responsabilização à Administração Pública quando houver “comprovação de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados”. Concluindo, assim, ser necessária uma *fixação expressa, clara e taxativa pelo STF* quanto à matéria para impedir interpretações jurisdicionais que condenem o *Estado por mero inadimplemento*.

Por conseguinte, entendeu pelo provimento do Recurso Extraordinário 760.931/DF, acompanhando a tese de repercussão geral proposta pela Ministra Cármen Lúcia. *In casu*, por cinco votos a seis, foi conhecido em parte o aludido recurso, sendo acolhido como vencedor o primeiro voto divergente à relatoria, qual seja, o do Ministro Luiz Fux.

### **4.3 A tese de repercussão geral**

O objetivo da definição de tese de repercussão geral no âmbito do Recurso Extraordinário nº 760.931/DF visou, em síntese, a diminuição no volume de

---

<sup>101</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, fala do Ministro Alexandre de Moraes, p. 322.

<sup>102</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, fala do Ministro Alexandre de Moraes, p. 322-323.

reclamações constitucionais direcionadas ao Supremo Tribunal Federal em razão das decisões proferidas pela justiça do trabalho - e questionadas - desconsiderando o julgamento daquela Corte no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF.

Nas palavras do Ministro Dias Toffoli, a construção da tese colocaria *uma trava nessa enxurrada de reclamações*<sup>103</sup>.

Diante dos debates entre os Ministros, restou evidente que a fundamentação utilizada pela maioria vencedora no julgamento do Recurso em voga prevaleceria também no entendimento a ser firmado no paradigma, qual seja, a não responsabilização da Administração Pública em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do prestador dos serviços (empregador do *terceirizado*) no âmbito da *terceirização*.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, afirmou o seguinte: *Penso que o Supremo deve proclamar a ausência de responsabilidade como regra*<sup>104</sup>.

Vale dizer que a ínfima exceção que alguns Ministros trataram no julgamento, para fins de responsabilização do poder público, contornava a seara da comprovação e implemento da culpa relacionada à omissão fiscalizatória do contrato administrativo pelo poder público. Inclusive, o sentimento da Ministra Relatora originária do julgado foi registrado: *“Eu estava me lembrando aqui: ‘ai dos vencidos’. E eu fui vencida nessa tese a mim muito cara”*<sup>105</sup>.

Mais que isso, a divergência acirrou-se entre os doutos Ministros no que toca o ônus probatório quanto à prova da culpa da Administração, embora houvesse sido falado, nos *obiter dicta*<sup>106</sup>, que estaria aberta a possibilidade de o Trabalhador provar a culpa administrativa.

---

<sup>103</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, fala do Ministro Dias Toffoli, p. 332.

<sup>104</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, fala do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, p. 344.

<sup>105</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, fala da Ministra Rosa Weber, p. 337.

<sup>106</sup> “Os *obiter dicta* equivalem aos argumentos não acolhidos pela maioria da corte como justificativa para a solução dada a uma demanda, aos fundamentos não determinantes da decisão ou, ainda, a entendimentos ou comentários não diretamente necessários à solução do caso concreto. Esses elementos

Contudo, a palavra “automaticamente” ecoou diversas vezes nas discussões em razão de se dimensionar qual seria seu alcance interpretativo pelos membros da Justiça trabalhista, que poderiam elastecer o conceito a ponto de, novamente, se permitir impor a responsabilização patrimonial à Administração Pública, o que a maioria do Supremo Tribunal Federal acabara de abominar no âmbito da terceirização e do ordenamento jurídico pátrio.

Na composição pela redação do tema a ser seguido pelos jurisdicionados, o Ministro Dias Toffoli, embora tenha votado com a maioria pelo provimento do Recurso, percebendo que seria consagrada a não responsabilização da Administração na redação minimalista da Tese, como manifestado com todas as letras pelo Ministro Marco Aurélio<sup>107</sup>, tentou a inclusão de *obter dicta* no sentido de se resguardar que caberia à Administração Pública se desincumbir da produção da prova quando inclusa no polo passivo da reclamação trabalhista em razão de ser “muito difícil ao reclamante fazer a prova de que a fiscalização do agente público não se operou”, o que não prosperou<sup>108</sup> em vista do óbice apontado pelo Ministro Luiz Fux, qual seja, a questão envolve matéria de dilação probatória<sup>109</sup>.

Prolatou-se, assim, a conclusão decisória e paradigmática do julgamento do RE 760.931/DF, assim redigido:

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 246 da repercussão geral, conheceu em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, a ele deu provimento, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux. Em seguida, o Tribunal deliberou fixar a tese da repercussão geral em assentada posterior. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.3.2017.

---

não se prestam a compor a *ratio decidendi* e não produzem efeitos vinculantes para o julgamento de casos futuros”. (BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello; Trabalhando com uma nova lógica: Ascensão dos precedentes no direito brasileiro, p. 45. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em 03 de junho de 2019)

<sup>107</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, fala do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, p. 344.

<sup>108</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, fala do Ministro Dias Toffoli, p. 349.

<sup>109</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, fala do Ministro Luiz Fux, p. 350.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, 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 nº8.666/93”. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.4.2017. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes. Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, e Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada<sup>110</sup>.

Diante da análise dos votos do referido julgamento, intui-se, inicialmente, que a *terceirização* é aceita por todos os membros do Tribunal como se o fenômeno fosse uma categoria inerente ao próprio Direito e imprescindível no contexto social, político e econômico – majoritariamente –, até mesmo por conta das ponderações principiológicas à luz da Carta Magna levadas ao teor das manifestações dos Ministros.

Através da ponderação utilizada pelos Ministros quanto aos princípios e garantias que regem o trabalho humano, vê-se que a ordem econômica impera.

Impõe-se curioso, neste prisma, passível de reflexão, referências à doutrina de base econômica na ementa do acórdão prolatado, tendo em vista que não são mencionadas durante o julgamento da lide paradigmática. *In verbis*:

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.

---

<sup>110</sup> STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, p.354.

LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.

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

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

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

4- A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode

gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”.

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

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”.

Diante do detalhamento da decisão colegiada, infelizmente, intui-se que a situação do trabalhador (não recebimento de salários e demais verbas trabalhistas a serem pagas, inicialmente, pelo empregador), na perspectiva da responsabilidade subsidiária - por conta do ônus probatório relativo à culpa da Administração -, se agravará em razão da obediência dos demais órgãos do poder judiciário à decisão proferida pela Corte Constitucional.

Já a descaracterização das garantias do trabalhador, por conseguinte, esvaziará a “dignidade” do *terceirizado*.



## CONCLUSÃO

É sabido que o trabalho humano não é uma mercadoria – pelo menos é o que se consagra na seara trabalhista, onde se legitima a exploração do labor, aliada aos preceitos emanados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), o que não se verifica através da ótica econômica e mercado neoliberal.

Sabe-se, também, que, por conta das trocas mercantis e surgimento de novas formas de produção, bem como da evolução social, o Direito do Trabalho advém da necessidade da regulação da exploração do trabalho humano, estipulando patamares mínimos de proteção, legitimando-a para que a mão de obra não pereça completamente.

Neste sentido, ao longo da presente pesquisa, restou evidente que as fontes do direito como a legislação, jurisprudência e a própria doutrina adaptaram-se às “novas formas de trabalho” e à realidade em razão do capitalismo, suposto desenvolvimento econômico e redução de custos.

A *terceirização*, à luz do capital, pode parecer uma prática vantajosa, todavia, trabalhada na forma humana, poderá acarretar risco à evolução dos direitos fundamentais, uma vez que sua prática somada à irresponsabilidade do poder público – pelas verbas trabalhistas – na condição de tomador de serviços, como vimos, contrasta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, bem como vedação ao retrocesso, dando margem à precarização.

Reforça-se, assim, a abrangência do poder econômico em detrimento das conquistas sociais e históricas dos trabalhadores, o que influi diretamente na ponderação dos dispositivos constitucionais. Embora a liberdade contratual possa ser interpretada sobre diversos dispositivos da Carta Magna, aquela não deve se sobrepor aos direitos sociais e fundamentais consagrados no texto *mor*.

A suposta redução dos custos envolvendo o fenômeno, contudo, negligencia os próprios custos sociais e trabalhistas, sendo que tal redução não deve se propagar sobre a degradação da dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento da República.

Em se tratando de *terceirização* aplicada à Administração Pública, a situação do trabalhador *terceirizado* tende a ser aviltada, pois a questão da responsabilidade civil pelos débitos trabalhistas - aplicada aos seus Entes - no âmbito dos contratos de prestação de serviços quando da inadimplência do prestador dos serviços tem sido mitigada.

A dinâmica acerca da responsabilidade civil do Estado é tema recorrente no judiciário brasileiro, inclusive, por conta de divergência na interpretação do instituto pelo Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho até o ano de 2015<sup>111</sup>.

Na visão de alguns, como visto no discorrer do presente trabalho, o último desrespeitou o posicionamento da Corte Constitucional, que proclamara no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF a não responsabilização automática do poder público, como regra, prescrevendo que a responsabilidade subsidiária do ente público (tomador dos serviços) seria uma possibilidade desde que comprovada a sua conduta culposa no tocante ao cumprimento de suas obrigações de fiscalização contratual.

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, embasava seu posicionamento reconhecendo a responsabilidade da Administração Pública no tocante aos débitos trabalhistas advindos do *mero* inadimplemento por parte das empresas terceirizadas.

Diante da divergência latente, tendo em vista o desrespeito ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em instâncias inferiores, a matéria em discussão fora levada ao intérprete máximo da Constituição da República, o que desencadeou no julgamento do Recurso Extraordinário 760.931/DF, com repercussão geral conhecida.

Da análise do referido recurso verifica-se a *ratio* em analisar de forma literal o disposto no art. 71 da Lei 8.666/1993, que denota certa convalidação pelo próprio poder

---

<sup>111</sup> O Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, em sessão realizada em 04 de maio de 2015, decidiu sobrestar todos os recursos extraordinários que tratavam da responsabilidade subsidiária da Administração Pública por verbas devidas por tomadoras de serviço, matéria incluída na sistemática da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (Tema 246 da tabela de repercussão geral). Disponível em <[http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/tst-determina-sobrestamento-de-recursos-extraordinarios-sobre-responsabilidade-de-entes-publicos-por-verbas-de-tomadoras-de-servico](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-determina-sobrestamento-de-recursos-extraordinarios-sobre-responsabilidade-de-entes-publicos-por-verbas-de-tomadoras-de-servico)>. Acesso em 03 de junho de 2019.

público na supressão de direitos e garantias individuais, em flagrante desrespeito aos princípios de proteção ao trabalhador, sobretudo com relação à responsabilidade civil do Estado, conforme preconiza o art. 37, §6º, da Constituição Federal, à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho.

Registra-se que a maior parte dos fundamentos utilizados pelos Ministros do STF, apresentados no julgamento do RE 760.931/DF, fragilizam balizas constitucionais e os direitos do trabalhador, tendo em vista a presunção de que o mesmo não dispõe de condições econômicas, sociais e até mesmo intelectuais de se fazer provas necessárias à responsabilização da Administração Pública por atos decorrentes dos contratos de prestação de serviços, principalmente quanto às suas verbas trabalhistas.

Em que pese majoritário, o julgamento não ocorreu de forma unânime, entretanto, os fundamentos dos votos vencidos possuem relevante importância na medida em que representam o alcance e a evolução dos direitos fundamentais próprios da essência humana e da constitucionalização dos diversos ramos do direito, destacando-se, *in casu*, o Direito do Trabalho, o que fora realçado no teor dos votos por alguns Ministros da Corte.

A dignidade humana tem relação direta com o exercício do trabalho, pois prevista no ordenamento jurídico pátrio, devendo ser efetiva à medida que resulta da construção de um Direito do Trabalho alicerçado no reconhecimento dos direitos fundamentais e sociais. Outrora, não é passível de justificativa a subtração desses direitos sob um viés puramente econômico, à arbítrio do julgador, e *pro* Administração.

Vê-se que, na decisão final, não há uma sensibilidade quanto à figura humana do trabalhador, mas sim uma análise econômica de mercado e consagração do Estado incólume. Entretanto, qualquer lesão ao direito do trabalhador, sobretudo em se tratando de contratos de terceirização, o poder público não poderia se eximir da responsabilidade, devendo garantir o que lhe é devido, tendo usufruído de seu labor.

Pode se concluir, ainda, que a irresponsabilidade da Administração, diante da inadimplência e/ou falência das empresas prestadoras de serviços, fomenta um comércio da *terceirização*, pois, em verdade, as empresas terceirizam porque realizam a

transferência de riscos para os trabalhadores, se desobrigando em relação aos direitos trabalhistas, em nome da redução de custos.

No julgado em tela há verdadeira pretensão de se excluir o tomador dos serviços no que toca o adimplemento das obrigações trabalhistas derivadas do contrato de prestação de serviços, favorecendo tais formas de exploração dos trabalhadores em situação de vulnerabilidade social do *terceirizado*, majoritariamente.

Pensando, *a priori*, na salvaguarda do Estado, revela-se a defesa do erário público e da Administração, novamente, quando da apreciação da tese de repercussão geral a ser firmada e, por conseguinte, a preocupação dos Ministros em estancar as Reclamações Constitucionais direcionadas ao Supremo Tribunal Federal de modo a não superlotar a Corte.

Neste íterim, as consequências que este julgamento imprimirá às futuras condutas da Administração Pública, em especial as dos Municípios e a dos Estados Federados, podem ser intuídas.

Os representantes do povo nas esferas municipais e estaduais poderão, a partir do precedente paradigmático, incutidos no manto da irresponsabilidade administrativa-trabalhista, contratar clientela específica (os *terceirizados*), inserida no *preariado*<sup>112</sup>.

Vale ressaltar que as alterações legislativas recentes, no tocante à *terceirização*, têm fomentado um intenso debate a nível nacional, tendendo a revelar maior tensão entre empregador e empregado, realçando a influência do poder econômico de empresas no processo legislativo.

Mais que isto, a flexibilização da legislação trabalhista desconsidera por completo as conquistas históricas de direitos fundamentais, não havendo

---

<sup>112</sup> Segundo STANDING: “O ataque sobre as instituições coletivas abrangia as empresas como instituições sociais, os sindicatos como representantes dos empregados, as comunidades profissionais como corporações de ofícios e profissões, a educação como força para a libertação do interesse pessoal e do comercialismo, a família como instituição de reciprocidade e reprodução social, e o serviço civil como uma estrutura guiada por uma ética de serviço público. Essa mistura estilhaçou os esquemas de emprego e criou uma fragmentação de classe, destacada pela “terceirização” do trabalho e do emprego associada ao declínio na manufatura e a uma tendência para os serviços [...] por que o precariado está se tornando uma classe global”. (2014, p. 201)

aprofundamento teórico dos debates por parte dos favoráveis às alterações, fazendo com que o processo em si tenha ocorrido em uma velocidade sem precedentes.

Além disso, as modificações oriundas da Lei 13.467/2017 abriram espaço para discussões sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores, onde é possível se questionar a eficácia do Direito do Trabalho, bem como o questionamento de se as mudanças trazidas não irão causar prejuízo, por exemplo, no direito de acesso à justiça, já que existem vários ônus que poderão recair sobre o reclamante - parte hipossuficiente na relação de emprego – em possível pleito judicial.

É notório que o indivíduo possui acesso à justiça garantido pela Constituição Federal (no plano formal). Em tese, o trabalhador poderia buscar o Judiciário sempre que sentisse seus direitos ameaçados ou lesionados.

Contudo, na prática, principalmente a partir do julgado em referência, intui-se que por medo de não conseguir comprovar a culpa da Administração Pública quanto à fiscalização do contrato que dera origem a relação de emprego proposta, dificilmente o trabalhador (*terceirizado*) procurará auxílio junto ao poder judiciário por ter sido caloteado.

Nesta linha, Schiavi pontua que não basta apenas que seja garantido o acesso à justiça, mas que também é de máxima importância que exista efetividade no acesso. Isto é, deverá ser formado por princípios e regras justas e razoáveis que possibilitem não só o ingresso da demanda, mas também “poder participar, contar com a participação adequada do juiz, a fim de receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade” (SCHIAVI, 2017, p. 17).

As questões abordadas no acórdão tais como o acesso à justiça, ônus probatório e ausência de responsabilização por verbas trabalhistas se conectam e perfazem a dignidade – humana – do trabalhador. Caso seja desconsiderado, a pouca dignidade que resta ao trabalhador acabará esvaziada em face da realização do trabalho pela via da *terceirização*, pois a precarização do trabalho humano neste meio resta latente.

Desta forma, no contexto da terceirização e seus efeitos, enfocando os direitos do trabalhador no mundo moderno a partir do trabalho *terceirizado* – tendo por base contratos com a Administração Pública –, o entendimento exarado no paradigma (RE 760.931/DF) revela-se extremamente crucial, tendo em vista a mitigação de garantias como o recebimento das verbas trabalhistas, o próprio salário pelo trabalho terceirizado empenhado, além da prova diabólica (imposição ao trabalhador de prova o descumprimento do dever fiscalizador do ente público).

Infelizmente, o trabalhador, nestas condições, financia os riscos da atividade econômica desempenhada pela sociedade empresária que o terceiriza ao mercado.

Charles Chaplin<sup>113</sup>, através da arte, no filme “Tempos Modernos” (1936), demonstra de maneira inigualável a necessidade de mudança da realidade vivida à época e deixa, à interpretação, que os indivíduos devem partir do pressuposto da ajuda mútua, da coletividade. Neste diapasão, em reforço, cabe mencionar ainda a célebre frase de Karl Marx: “*Proletários de todos os países, uni-vos!*”<sup>114</sup>.

Portanto, diante de um cenário cuja flexibilização de direitos e garantias se impõe, cabe, imperiosamente, a resistência dos próprios trabalhadores, sociedade civil, comunidade acadêmica e juristas em geral no sentido de defesa dos dispositivos constitucionais, primando, sobretudo, pelos princípios fundamentais em razão da condição humana, de modo a assegurar que os direitos sociais não sejam subjugados pelos interesses econômicos e do capital.

---

<sup>113</sup> Charles Chaplin (1889-1977) foi um ator, dançarino, diretor e produtor inglês. Disponível em <[https://www.ebiografia.com/charles\\_chaplin/](https://www.ebiografia.com/charles_chaplin/)>. Acesso em 14 de junho de 2019.

<sup>114</sup> MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. O Manifesto Comunista. Versão para Ebook, 2005. p. 65. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/manifestocomunista.pdf>>. Acesso em 14 de junho de 2019.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. Blitzkrieg neoliberal: mais um ataque. *In*: Fernanda Giorgi; João Gabriel Lopes; Thiago Agostinho; Valeir Ertle (orgs.). (Org.). O Golpe de 2016 e a reforma trabalhista: narrativas de resistência. 1. ed. Bauru: Canal 6, 2017. p. 49-52.

AMORIM, Helder Santos; DELGADO, Gabriela Neves. VIANA, Márcio Túlio. Terceirização – Aspectos Gerais. A última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST. *Novos Enfoques. Rev. TST, Brasília*, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011.

ANTUNES, Ricardo. A Sociedade da Terceirização Total. *Revista da ABET*, v. 14, n. 1, Janeiro a Junho de 2015.

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 31. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. A terceirização no século XXI. *In*: *Rev. TST, Brasília*, vol. 79, n. 4, out/dez 2013.

\_\_\_\_\_. Terceirização como Intermediação de Mão de Obra. Edição digital do autor, 2014.

CARRION, Valentim. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 34. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASSAR, Volia Bonfim; BORGES, Leonardo Dias. Comentários à reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CASSAR, Volia Bonfim Cassar. Direito do Trabalho. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. Direito do trabalho: curso e discurso. São Paulo: Ltr, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Terceirização no setor público: encontros e desencontros. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COSTA, Antônio França da. Aspectos Gerais sobre o Fiscal de Contratos Públicos. Brasília: Revista do Tribunal de Contas da União, v. 127, p. 64, mai./ago. 2013.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A inconstitucionalidade da terceirização na atividade-fim: o valor social da livre iniciativa e a função social da empresa. *Terceirização de serviços e direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

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

\_\_\_\_\_. Constituição da República e direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Manual de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. Terceirização municipal em face da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow . Ensaio sobre a terceirização no setor público. In: ESTEFAM, Felipe Faiwichow; CAMMAROSANO, Flávia. (Org.). *Direito Público em Debate*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, v. 1.

FORTINI, Cristiana; DA PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria. As terceirizações e as contratações temporárias realizadas pela Administração Pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na*



*Administração*: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 4: Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, volume II: obrigações/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Carta Aberta aos “Terceirizados” e à comunidade jurídica. *In: Revista do TRT da 8ª Região*. Belém, v. 44, n. 86, jan./jun. 2011. p. 129-142.

\_\_\_\_\_. O Direito do Trabalho não trata o trabalhador como “coitado”. *In: Fernanda Giorgi; João Gabriel Lopes; Thiago Agostinho; Valeir Ertle (orgs.). (Org.). O Golpe de 2016 e a reforma trabalhista: narrativas de resistência*. 1. ed. Bauru: Canal 6, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. A terceirização no novo decreto nº 9.507/2018: entre a restrição para a administração direta, autárquica e fundacional e a flexibilidade para as estatais. *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 299, p. 10, jan. 2019.

OLIVEIRA, Murilo C. S. Vínculo de Emprego e Terceirização: Lei 13.429 e Alterações Promovidas pela Lei 13.467/17. *In: Valdete Souto. (Org.). Comentários à Lei 13.467/17: contribuições para um enfrentamento crítico*. 1. ed. Porto Alegre: HS Editora, 2017.

PAIXÃO, Cristiano. A Reforma Desconstituente: terceirização generalizada. *In*: Fernanda Giorgi; João Gabriel Lopes; Thiago Agostinho; Valeir Ertle (orgs.). O Golpe de 2016 e a reforma trabalhista: narrativas de resistência. 1. ed. Bauru: Canal 6, 2017. p. 67-68.

POLANYI, Karl. A Grande Transformação: as origens de nossa época. 2. ed. Rio de Janeiro: Compus, 2000.

ROCHA, Cláudio Jannotti da. A Reforma Trabalhista e a sua (in)compatibilidade com o ordenamento jurídico trabalhista brasileiro. *In*: Fernanda Giorgi; João Gabriel Lopes; Thiago Agostinho; Valeir Ertle (orgs.). O Golpe de 2016 e a reforma trabalhista: narrativas de resistência. 1. ed. Bauru: Canal 6, 2017. p. 58-62.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A nova Lei da Terceirização – Lei nº 13.429/2017 – Um cheque em branco ao empresariado. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, abr./jun. 2017. p. 91-100.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHIAVI, Mauro. A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 26. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2006.

STANDING, Guy. O precariado: a nova classe perigosa; tradução Cristina Antunes. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VIANA, Marco Túlio. As várias faces da terceirização. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 145, jan./jun. 2009.

VIOLIN, Tarso Cabral. A terceirização ou concessão de serviços públicos sociais: a privatização de creches municipais. *IDAF – Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*, v. 2, n. 13.

\_\_\_\_\_. Estado, ordem social e privatização: as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do “Terceiro Setor”. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.