



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

AUGUSTO ARAGÃO COSTA

**OS REFLEXOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760931
PARA A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

Salvador
2018

AUGUSTO ARAGÃO COSTA

**OS REFLEXOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760931
PARA A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Salvador
2018

AUGUSTO ARAGÃO COSTA

**OS REFLEXOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760931
PARA A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito e
Processo do Trabalho, Faculdade Baiana de Direito, pelo seguinte examinador:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

RESUMO

O presente trabalho analisou a terceirização na Administração Pública e o entendimento firmado através do Recurso Extraordinário 760931 pelo STF, ratificando o quanto decidido na ADC 16, no tocante à responsabilização do Poder Público sobre o inadimplemento das verbas trabalhistas não adimplidas pelo prestador de serviços, quando o Ente Estatal incorrer em culpa *in vigilando*, e, posteriormente, a decisão sobre a quem cabe provar que a Administração Pública não fiscalizou devidamente seus contratos. Preambularmente é feito uma síntese sobre o instituto da terceirização, sua função primária e principais motivos de seu desenvolvimento ao longo dos tempos. A partir de então, destaca-se a questão referente à responsabilização do Poder Público por seus atos e consequências legais dos mesmos. Em seguida, passamos pelo exame da utilização da terceirização pela Administração Pública, seu regramento normativo pela Súmula 331 do TST (perpassando pelas inovações ocasionadas pela ADC 16), e o critério das hipóteses de incidência de responsabilização do Poder Público pelo inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa terceirizante. Assim, chegamos ao novo entendimento cristalizado pelo Recurso Extraordinário 760931, definido em seu acórdão, imputando ao empregado o ônus de provar que a Administração Pública não fiscalizou corretamente seus contratos, incidindo desta maneira em culpa *in vigilando*. Por fim, faz-se um breve resumo das recentes decisões do TST sobre o tema em voga e uma análise dos reflexos do encimado recurso para a terceirização na Administração Pública.

Palavras-chave: Administração Pública; terceirização; Recurso Extraordinário 760931; ônus da prova.

ABSTRACT

The present study analyzed the outsourcing in the Public Administration and the understanding signed through Extraordinary Appeal 760931 by the STF, ratifying the decision made in ADC 16, regarding the accountability of the Public Power over the non-performance of the labor allowances not complied with by the service provider, when the State Entity incurs an incarceration, and, subsequently, the decision on who must prove that the Public Administration did not supervise their contracts properly. Preambularly a synthesis is made on the outsourcing institute, its primary function and main reasons for its development over time. From then on, the issue of accountability of the Public Power for its actions and legal consequences thereof stands out. Next, we examine the use of outsourcing by the Public Administration, its normative rule by the TST Precedent 331 (through the innovations brought about by the ADC 16), and the criterion of the hypotheses of incidence of Public Power accountability for the non-payment of labor part of the outsourcing company. Thus, we come to the new understanding crystallized by Extraordinary Appeal 760931, defined in its judgment, imputing to the employee the burden of proving that the Public Administration did not properly supervise their contracts, thus focusing on guilt in the monitoring. Finally, a brief summary of the recent decisions of the TST on the topic in vogue and an analysis of the reflexes of the top resource for the outsourcing in Public Administration.

Keywords: Public administration; outsourcing; Extraordinary Appeal 760931; burden of proof.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. TERCEIRIZAÇÃO	10
2.1. CONCEITO.....	10
2.2. HISTÓRICO DO INSTITUTO.....	12
2.3. EVOLUÇÃO NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO.	15
2.4. A TERCEIRIZAÇÃO NA REFORMA TRABALHISTA	21
2.5. SÚMULA 331 DO TST APÓS A NOVA LEI DE TERCEIRIZAÇÃO	23
3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA	25
3.1. ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	25
3.2. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	28
3.2.1. Princípio da Legalidade	29
3.2.2. Princípio da Impessoalidade	30
3.2.3. Princípio da Moralidade	31
3.2.4. Princípio da Publicidade	31
3.2.5. Princípio da Eficiência	32
3.3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	33
3.4. LICITAÇÕES. CULPA <i>IN ELIGENDO</i> . CULPA <i>IN VIGILANDO</i>	34
4. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	37
4.1. NOÇÕES PROPEDÊUTICAS.....	37
4.2. SÚMULA 331, II, DO TST.	38
4.3. RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENTENDIMENTO ANTERIOR À ADC 16.	41
4.4. A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS A ADC 16.....	43
4.5. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS A REFORMA TRABALHISTA.....	48
5. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760931 E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	51
5.1 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760931 E A QUESTÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO	51

5.2. PANORMA JURISPRUDENCIAL DO TST ACERCA DO <i>ONUS PROBANDI</i> DECIDIDO NO RE 760931	59
5.3. REFLEXÕES CRÍTICAS E OS IMPACTOS DO RE 760931 NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	67
6. CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	72

1. INTRODUÇÃO

O instituto da terceirização decorre do processo natural de evolução da sociedade, das inovações nos métodos de gestão de pessoas e negócios, e, principalmente, da expansão da globalização em todas as áreas científicas, em especial neste caso em tela, no campo econômico.

O supracitado instituto se materializa através de um contrato, em que uma empresa transfere para outra, parte de suas funções, oportunizando uma melhor qualidade na prestação dessas atividades, bem como, possibilitando o contratante gerir melhor os seus recursos, tornando-se mais competitivo no mercado.

A importância inicial da terceirização está insitamente ligada às empresas privadas, que diante de um mercado cada vez mais competitivo, se viram obrigadas a terceirizar parte de suas atividades.

No mesmo sentido, também a Administração Pública lutava para se livrar do seu modelo tradicional, lento e burocrático, buscando a implementação de uma gestão estratégica e moderna para prestação de seus serviços.

Diante de tal cenário, o direito se viu na premente necessidade de regulamentar este novo meio de relação trabalhista, com o intuito de: impor limites ao mesmo, salvaguardando seu caráter de excepcionalidade, evitar a desvirtuação de princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública e resguardar os direitos trabalhistas daqueles que prestam serviços para as empresas terceirizantes.

O presente trabalho pretende analisar o Recurso Extraordinário 760931 que trouxe importantes inovações no âmbito da terceirização na Administração Pública, em especial o ponto referente a quem compete o ônus de se provar a culpa *in vigilando* por parte do Poder Público, bem como os impactos da referida decisão para os Entes Estatais.

A abordagem do tema se inicia com considerações gerais sobre a terceirização. Serão abordados, dentre outros, os seguintes assuntos: uma análise conceitual do presente instituto, um breve referencial histórico do mesmo, bem como a evolução histórica dos instrumentos normativos responsáveis por sua regulamentação até os dias atuais.

Ato contínuo, faz-se um exame sobre a Administração Pública, envolvendo diversos tópicos diretamente ligados ao objeto nuclear do presente trabalho, como a organização administrativa, os princípios norteadores da Administração Pública, responsabilização civil do Estado, Terceirização.

Em seguida, o enfoque é um balanço peremptório da evolução legislativa da terceirização no âmbito da Administração Pública. Inicialmente se destaca a impossibilidade de geração de vínculo empregatício com o Ente Estatal ainda que a terceirização seja ilícita, em razão dos princípios constitucionais administrativos.

Posteriormente é feita a análise da responsabilização do Poder Público pelo inadimplemento das verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa terceirizante, englobando desde o entendimento inicial, com o surgimento da Súmula 331 do TST, até as inovações trazidas pela ADC 16 que culminou com a revisão do seu verbete e inclusão de novos incisos.

Em um último aspecto, é feito um breve esboço sobre a terceirização na reforma trabalhista, discorrendo de maneira perfunctória sobre as principais inovações trazidas no âmbito da novel legislação.

Finalmente é abordada a recente decisão do Recurso Extraordinário 760931, que, de maneira polêmica, determinou em seu acórdão que cabia ao empregado o ônus de fiscalizar os contratos envolvendo a Administração Pública e nesta esteira provar que o Poder Público incorreu em culpa *in vigilando*.

Em ato derradeiro, é apresentado um diagnóstico de como o Tribunal Superior do Trabalho vem se portando diante do quanto decidido pelo STF, bem como as possíveis consequências práticas do RE760931 para a terceirização envolvendo a Administração Pública.

2. TERCEIRIZAÇÃO

2.1. CONCEITO

O fundamento que norteia o instituto da terceirização se assenta na própria evolução da sociedade, na revolução industrial, no modo como o ser humano naturalmente floresceu seus métodos de produção, de gerenciamento de mão de obra e desenvolvimento tecnológico.

De acordo com Alice Monteiro de Barros (2012, p. 356) esta evolução natural da sociedade e seus novos métodos de produção acenderam uma transformação natural nas relações trabalhistas, que, cada vez mais, percebiam a necessidade de uma relação laboral mais moldável, se distanciando da relação típica e tradicional entre empregador e empregado. O modelo trabalhista convencional se apresentava insustentável para os conceitos e padrões modernos de empresas, cada vez mais competitivo e dinâmico. Surge então um protótipo antagônico, com foco primordial na eficiência, produção econômica e também na diversidade das modalidades laborais, adaptáveis ao caso concreto, dentre elas, a terceirização.

Diversos autores e dicionários da língua portuguesa já se incumbiram de conceituar o instituto da terceirização, conhecido mundialmente como *outsourcing*.

De maneira extremamente proemial poderíamos conceber terceirização como o fenômeno através do qual uma empresa contrata outra, ou ainda outras, para auxiliar a prestação do seu serviço.

O dicionário HOUAISS (2009, p.1831) define terceirização:

Ato ou efeito de terceirizar. Forma de organização estrutural que permite a uma empresa transferir a outra suas atividades-meio, proporcionando maior disponibilidade de recursos para sua atividade-fim, reduzindo a estrutura operacional, diminuindo os custos, economizando recursos e desburocratizando a administração.

Partindo para uma definição mais imersa no âmbito jurídico trabalhista, que é onde reside o objeto do presente estudo, se faz necessário um pequeno aparte com relação à conceituação do citado instituto.

Com o recente advento da Lei. 13.429/2017, bem como da Lei 13.467/2017, foram acrescentados à lei 6019/74 alguns artigos em seu corpo, abrindo a possibilidade de uma

terceirização ampla e irrestrita, tendo como principal mudança a previsão desta também para atividades fim da empresa.

Esta pequena observação é imperiosa para que se possa fazer uma rápida distinção entre as conceituações doutrinárias, algumas que eram prevaletentes até meados do início da vigência da novel legislação que trata sobre o tema, e outras, já devidamente retificadas, de modo a se adaptar à inovação normativa.

Preliminarmente é preciso fazer uma rápida distinção entre o conceito de atividade meio e atividade fim, para uma absoluta compreensão do tema que se avizinha. Atividade meio pode ser explanada como aquela que não é essencial à atividade principal da empresa. Apesar de ser necessária, não possui uma relação direta com a atividade primordial desenvolvida pela organização. Já a atividade fim está insitamente ligada ao objetivo nuclear da empresa, encontra-se relacionada desta maneira com as atividades cotidianas para as quais esta se constituiu.

Outro critério utilizado para diferenciação entre atividade fim e atividade meio detalhado por José Cairo Junior (2017) está relacionado à indispensabilidade da atividade prestada pela empresa. Se esta atividade for indispensável para o regular funcionamento da organização em voga se trata de atividade fim. Se esta não for essencial para o correto funcionamento institucional, se, mesmo na ausência desta, as atividades se desenvolverem de maneira habitual, estaremos então diante da atividade meio.

Voltando então para a análise conceitual da terceirização na seara trabalhista, preceituava Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2015, p. 369) que “a terceirização pode ser entendida como a transferência de certas atividades periféricas do tomador de serviços, passando a ser exercidas por empresas distintas e especializadas”.

Seguindo a mesma linha expositiva, ensina Luciano Martinez (2013, p. 246):

É uma técnica de organização do processo produtivo por meio da qual uma empresa, visando concentrar esforços em sua atividade fim, **contrata outra empresa**, entendida como periférica, para lhe dar suporte em serviços meramente instrumentais, tais como limpeza, segurança, transporte e alimentação.

Com as atuais modificações da “Lei Geral de Terceirização”, e o fim do critério atividade meio e atividade fim como delineador de sua licitude, tem-se uma definição mais

adequada para o mesmo; desse modo posicionam-se Pedro Belmonte, Viviana Belmonte (2017, p. 1316):

[...] transferência, feita pela pessoa física ou jurídica do tomador de serviços (cliente ou contratante), da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal (atividade-fim), a uma pessoa jurídica de direito privado, denominada prestadora de serviços (contratada), que deve possuir capacidade econômica compatível com a consecução do serviço, e que empregará a pessoa física do trabalhador que se faça necessário. Ainda que o labor seja prestado em benefício do tomador, a subordinação jurídica do trabalhador dá-se com sua empregadora, a prestadora de serviços.

A supramencionada definição dos autores encontra amparo no novo artigo 4-A da Lei 6019/74, que de maneira singular traz em seu corpo normativo a vigente conceituação:

Art. 4-A. considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante (tomadora) 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.

Percebe-se que o âmago conceitual que orienta a terceirização prevalece o mesmo, a principal diferença existente nos conceitos formulados após as mudanças ocorridas na Lei 6019/74 se apresenta no sentido que, não mais se reputam importantes as diferenciações entre contratações para atividades fim ou meio realizadas pela empresa tomadora de serviços.

2.2. HISTÓRICO DO INSTITUTO.

Para que possamos entender de maneira cristalina o conceito e a importância da terceirização para a prestação de serviços, é preciso que se faça um breve panorama das mudanças nas relações trabalhistas ao longo dos anos. O propósito elementar da terceirização encontra guarida no decurso natural de evolução do processo produtivo.

A ideia de uma cadeia única, no estilo clássico desenvolvido por Henry Ford, onde uma única empresa realizava todas as etapas da cadeia produtiva, foi gradativamente sendo

substituída por técnicas que buscavam a divisão das etapas, com uma maior especialização do trabalho em cada uma das mesmas.

Apresentava-se desta maneira, um novo modelo de produção, com foco primordial na eficiência, buscando o apoio (contratação) de empresas parceiras que fizessem atividades específicas para a execução de determinadas etapas do processo de produção.

Muitos remontam a origem da terceirização à época da segunda guerra mundial, em meados da década de 40, quando as forças americanas se juntaram a aliados europeus como o intuito de rechaçar a Alemanha de Adolf Hitler, e posteriormente o Japão.

Nesta época, os norte americanos, visando aumentar sua capacidade produtiva, decidiram transferir para terceiros determinadas tarefas, de modo que, atividades tidas como acessórias, a guisa de, limpeza, vigilância, e alimentação, foram simplesmente repassadas, ficando os Estados Unidos com o papel precípua de focar sua produção no material bélico propriamente dito. Após o fim da guerra, ainda na década de 50, a ideia consolidou-se como uma excelente alternativa para otimização dos recursos disponíveis.

O modelo dominante nas indústrias até meados do século XX era o vertical, em que uma empresa concentrava todas as suas atividades reunidas em um único estabelecimento. A partir da década de 70, mudanças importantes no campo da produção foram efetuadas, com o advento de novas tecnologias, novas formas de organização do trabalho, e também, mas, principalmente, uma nova forma de interdependência entre as empresas existentes.

Através dessas mudanças preambulares, um novo arquétipo produtivo e organizacional emerge, modelo este denominado de especialização “flexível” ou “*toyotismo*”, visando fomentar a eficiência e restringir os custos administrativos empresariais, cuja característica meritória era concentração das atividades da empresa em sua atividade-fim, o denominado *core business*.

Ratificando o tema, lembra a autora Denise Holanda Costa Lima (2007, p. 43): “Desta forma, entregar-se-ia as outras atividades para empresas parceiras, formando uma organização maior em torno da atividade principal da empresa.” Como consequência direta das significativas mudanças o modelo de produção adotado por Henry Ford entrou em decadência.

Ainda nesta esteira o autor Rinaldo Guedes Rapassi (2008) discorre em seu artigo que o surgimento do *toyotismo*, comumente denominado de sistema *ohnista*, trouxe uma série de

transformações no modo como as empresas desenvolviam suas atividades. Dentre outras citadas pelo autor, temos o denominado “downsizing” (técnica que visa a eliminação de processos desnecessários dentro de uma organização, redução dos custos, buscando uma empresa mais enxuta e eficiente), os chamados salários por produtividade, os controles de estoque, de modo a se evitar gastos desnecessários com produtos “empilhados”, e a produção denominada “just in time”, determinando que nada deve ser produzido antes da hora certa. Buscava desta maneira, a produção exata de mercadorias, evitando o desperdício, o excesso de espaço ocupado nos estoques de maneira desnecessária e a manutenção de funcionários sensíveis às transformações organizacionais.

A partir da década de 90, o foco das empresas deixa de ser o seu sistema de produção para ser os seus clientes. Conhecer seus anseios, suas necessidades, se mostrava o caminho a ser seguido para as empresas se manterem não somente competitivas, como também vivas, no mercado.

Neste novo cenário de mudança empresarial, onde as grandes instituições obviamente tinham maiores dificuldades em se manter com contato direto com seus clientes, a terceirização se apresentava como o melhor caminho para a conquista de seus objetivos.

O processo de expansão da terceirização no Brasil também começou na década de 90, conquanto a sua perspectiva inicial fosse outra. Inicialmente denominada de contratação de serviços de terceiros, a terceirização no Brasil era aplicada apenas para reduzir os custos de mão-de-obra, não possuindo, como meta, gerar ganhos de qualidade, eficiência, especialização, eficácia e produtividade.

Dante Girardi (2006) em seu artigo defende que, no início, o foco das empresas prestadoras não era a competitividade, a especialização de seus serviços, ou mesmo o aprimoramento de sua mão de obra disponível. Faz-se necessário destacar que no Brasil, a terceirização teve origem através das empresas automobilísticas multinacionais, que importavam seus produtos bem como suas técnicas de seu país de origem; possuíam deste modo a presteza e eficiência como objetivo empresarial.

Ainda na década de 90, o mercado brasileiro se viu na necessidade de buscar novas medidas de produção para se adequar as transformações sofridas especialmente no mercado internacional, como por exemplo, a liberalização comercial, e conseqüente abertura da economia. Por esse motivo, as empresas brasileiras definiram estratégias que lhes permitiram ganhos de produtividade e diferenciais de competitividade.

Nos termos do relatório técnico promovido pelo DIEESE (2003), muitas empresas decidiram pelo sistema de “downsizing”, reduzindo o número de funcionários, e precarizando as relações de trabalho dentro da administração. Outras procuraram desenvolver apenas o seu produto final, de modo a cortar gastos, terceirizando as atividades secundárias, dividindo desta maneira suas tarefas e custos. Outras ainda harmonizaram as duas estratégias. Entretanto nas três opções escolhidas pelas empresas, o resultado final foi a piora das condições trabalhistas.

Ainda de acordo com o DIEESE (2003), na década de 90 o processo de fusão, incorporação e aquisição de empresas no Brasil, alterou completamente o seu cenário, e, como o setor de prestação de serviços era o mais desejado pelo mercado internacional, foi justamente este que passou pelas maiores transformações.

A consequência direta de todo este processo de mudança, foi o surgimento extraordinário de novos padrões de concorrência e um nível de exigibilidade nunca antes visto nas organizações brasileiras; Neste cenário de mudanças chegou-se à conclusão que, para as empresas brasileiras conseguirem se manter êmulas no mercado, era inevitável o compartilhamento de atividades genéricas com terceiros, em um sentido de colaboração, mantendo o foco essencialmente na sua atividade principal, e desta maneira almejar os melhores resultados, sendo criado desta forma o fenômeno da terceirização.

2.3. EVOLUÇÃO NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO.

Para o direito do trabalho o que determina a terceirização é o fato do empregado prestar serviços à tomadora, porém ser, de fato, empregado da empresa prestadora, sendo com esta, gerados e adquiridos, *a prima facie*, todos seus direitos laborais. Forma-se desta forma a chamada relação triangular ou trilateral de trabalho.

Maurício Godinho Delgado (2015, p. 473) discorre que o tradicional modelo empregatício, envolvendo um empregador e um empregado, com contrato por prazo indeterminado como regra geral, era diametralmente oposto ao modelo trilateral, moderno e inovador, com a presença de dois agentes de um lado e apenas um do outro. Justamente toda esta capacidade inovadora da terceirização provocou uma série de anomalias jurídicas, causando diversos prejuízos para o trabalhador, lado hipossuficiente da relação, terminando

por lesionar princípios vitais protetivos ao trabalhador, que sempre direcionaram o direito do trabalho ao longo de toda história.

A terceirização se apresenta como algo recente em nosso ordenamento jurídico, sendo as primeiras alusões normativas reportadas aos finais das décadas de 1960 e início de 1970.

Compartilhando deste entendimento Maurício Godinho Delgado (2015, p. 474) afirma que foi precisamente entre o fim da década de 1960 e início da década de 1970 que o ordenamento jurídico brasileiro mais avançou no instituto da terceirização. Entretanto tal avanço ainda se mostrava inconvincente, limitado apenas para o mercado de trabalho da Administração Pública direta ou indireta, através do Decreto Lei n.200/67 (art.10) e Lei 5.645/70.

Dispunha o Decreto Lei. 200/67, em seu artigo 10º, § 7º, que tratava sobre o processo de descentralização dos serviços pela Administração Pública Federal:

Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle 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, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

O Decreto Lei de 1967, buscava, desta maneira, eximir a Administração Pública de tarefas tipicamente de apoio técnico, as chamadas atividades secundárias, através do processo de descentralização, contratando profissionais assalariados para o desempenho das mesmas.

Ainda no mesmo sentido Maurício Godinho (2015, p.477) assevera que como a Administração Pública tem como um de seus princípios fundamentais o da Legalidade, ou seja, está com sua atividade adstrita aos comandos legais (tal princípio será analisado ainda neste trabalho) e o Dec. Lei 200 era autorizativo de prestação de determinados serviços por meio de descentralização, ficava mais que nítida a nova realidade que se apresentava, com uma série de tarefas sendo remetidas para outras empresas, diminuindo assim os encargos destes serviços por parte da Administração. A única dúvida que ainda restava pendente era justamente quais seriam estes serviços passíveis de terceirização por parte do poder público.

A Lei 5.645/70 surgiu com o intuito de regulamentar as atividades que a Administração Pública poderia se valer para terceirizar os seus serviços, trazendo nitidamente, no seu artigo 3º, parágrafo único, que estas estariam limitadas às atividades meio:

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Dec-Lei n. 200...

Logo em seguida, surgiu a lei 6019 de 1974, que regulamentava o trabalho temporário, entretanto, ainda com alcance extremamente limitado, versando apenas sobre duas situações específicas: acréscimo extraordinário de serviço ou em casos de substituição de um colaborador regular e permanente.

A referida lei procurou garantir em seu texto o caráter temporário das contratações, exigindo que figurassem no contrato a temporariedade do mesmo, seu prazo máximo de duração, que não poderia exceder a 90 dias, justamente com o fulcro de evitar distorções, e o uso de maneira perniciosa por parte dos empregadores; afinal, o intuito basilar da Lei era suprir situações excepcionais, as quais não poderiam muitas vezes ser previstas e quiçá evitadas.

Arnaldo Sussekind (2005, p.268) determina que a permissividade legal autorizativa da Lei. nº. 6.019/74 para a contratação temporária de serviços exigia um requisito básico que seria a real necessidade de utilização da mão de obra por parte da empresa tomadora. No mesmo sentido, esta temporariedade pressupõe a ocorrência de hipótese de incidência intrínseca: a substituição transitória de um funcionário regular da empresa tomadora ou ainda uma demanda adicional de mão de obra por parte desta mesma empresa, em razões de situações excepcionais de aumento de produção.

A Lei 7.102/83 foi o instrumento normativo seguinte a tratar de terceirização, permitindo a mesma em caráter permanente para os serviços de vigilância bancária, refutando a Lei 6.019/74, que apenas permitia tais serviços em caráter temporário.

Inicialmente esta lei se limitava apenas aos serviços de vigilância nos bancos, entretanto com o passar dos anos, esta foi ampliada para outras categorias. Neste sentido salienta Maurício Godinho Delgado (2015, p. 478):

Registre-se, porém, que o tipo legal da Lei n. 7.102/83 foi relativamente ampliado pelo próprio legislador. Inicialmente a atividade terceirizada ali prevista limitava-se ao segmento bancário da economia. Anos depois, com as alterações propiciadas pela Lei n. 8.863, de 1994, alargou-se o âmbito de atuação de tais trabalhadores e respectivas empresas. Hoje são consideradas como atividades submetidas à presente modalidade de terceirização a vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, inclusive segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga (art. 10 e seus parágrafos da Lei n. 7.102/83, com alterações da Lei n.8.863/94).

Diante de um cenário de quase inércia legislativa sobre um tema de suma importância, não só para justiça do trabalho, como para a sociedade, o Poder Judiciário se viu com o dever de promover o ativismo jurídico, buscando através de repetidas decisões e posteriormente criações de súmulas, suprir a ausência de regulamentação a respeito da terceirização no Brasil.

A Súmula de número 239, publicada em 1985, trazia, inicialmente no seu corpo a seguinte redação: *“é bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico”*.

Daniel Rangel (2016) em seu artigo analisa a importância da sobredita súmula nos termos que os bancos estavam se valendo de artifícios para que os seus funcionários de processamento de dados não usufríssem da mesma jornada reduzida dos bancários; eles criavam empresas com finalidade específica para processamento de dados, de modo que fosse assegurado a estes funcionários a jornada padrão laboral de 8 horas diárias, e não a de 6 horas, estipulada para os bancários.

A premissa adotada pelo TST foi a de que, como os funcionários de processamento de dados exerciam as atividades atinentes às dos bancários, nada mais justo do que atribuir aos processadores os mesmos direitos assegurados aos trabalhadores próprios dos bancos, incluído, portanto, a jornada reduzida de 6 horas.

Igualmente regulamentada no ano de 1985 a súmula 256 do TST, tinha os seguintes termos:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

O verbete trazia um objeto de profunda relevância: o viés excepcional do instituto da terceirização, procurando assegurar a típica relação envolvendo empregado e empregador, e os critérios tradicionais de contratação estipulados pela CLT.

A súmula 257 do Tribunal Superior do Trabalho, publicada em 1986 trazia a seguinte redação: “o vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário.”

A súmula em questão foi baseada na Lei 7.102/83 (dispunha obre a segurança dos estabelecimentos financeiros) e no Decreto Lei 1.034/96, os quais diziam que a terceirização dos vigilantes pelos bancos era lícita, e conseqüentemente sua terceirização era possível, não sendo constituído nenhum vínculo empregatício entre os vigilantes e a instituição financeira.

A súmula 331 do TST era até pouquíssimo tempo atrás o que se tinha de mais recente sobre a terceirização (até as modificações sofridas pela lei 6019/74), e regulamenta até os dias atuais a grande maioria das demandas trabalhistas envolvendo o citado instituto. Ela surgiu como uma necessidade de ajustamento às novas tendências de terceirização, que até a sobredita Súmula 256, somente previa o presente instituto nas situações envolvendo trabalho temporário e serviços de vigilância, ignorando as demais atividades meio. Nos termos da supracitada súmula:

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 6019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº256 - 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.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8666, 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

Inegavelmente o ponto mais importante da presente Súmula para o instituto da terceirização, foi a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim, presente no seu inciso III, sendo a atividade desempenhada pelos empregados contratados na empresa tomadora de serviços o critério limitador entre a licitude e ilicitude da contratação.

Alguns outros pontos são importantes em uma análise prefacial do verbete. O primeiro diz respeito ao inciso II, pelo fato do presente trabalho envolver a Administração Pública em seu bojo.

O legislador procura referendar que, mesmo na hipótese de contratação irregular por parte do Ente Público, não há que se falar em geração de vínculo de emprego, haja vista este somente será possível mediante investidura em cargo público, por meio de concurso público.

Pode-se dizer que o fulcro precípua era evitar a prática de nepotismo, com o favorecimento de parentes no âmbito da administração pública em detrimento da meritocracia, fulminando princípios constitucionais administrativos que norteiam o serviço público, que serão analisados ainda neste trabalho.

O inciso IV bem como V, asseguram a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelas verbas trabalhistas não adimplidas pela fornecedora de mão de obra, ainda que o tomador seja órgão da Administração Pública, neste último caso, com algumas especificações que também serão analisadas *a posteriori* no presente estudo.

Nota-se o intuito em se preservar o princípio da proteção ao trabalhador, bem como da dignidade da pessoa humana, ao passo que, em sua condição natural de hipossuficiente da relação trabalhista, não aparenta justiça o trabalhador desenvolver suas atividades e não receber a contraprestação pelas mesmas, prosperando desta maneira uma espécie de garantia, responsabilizando subsidiariamente o tomador de serviços; nada mais justo, haja vista ter sido este, quem de fato se aproveitou da mão de obra laboriosa.

Nos ensinamentos de José Cairo Junior (2009, p.98) “o princípio da proteção é considerado o princípio dos princípios do Direito do Trabalho”. Ele pode ser subdividido em duas vertentes; a primeira seria a denominada *in dubio pro operário*, acentuando que em caso de interpretações distintas sobre um mesmo caso concreto, será sempre dada preferência àquela interpretação que mais favoreça ao trabalhador; a segunda vertente seria a *aplicação da norma mais favorável*, sempre que uma regra atribua condições mais favoráveis ao trabalhador esta será aplicada no caso em tela, ou seja, no direito do Trabalho não há que se falar em hierarquia das normas, nos termos do aludido princípio.

Percebe-se que no Direito do Trabalho não impera o tradicional critério estático normativo estabelecido por Hans Kelsen, de escalonamento previamente determinado, em que uma norma hierarquicamente superior será aplicada em detrimento de outra inferior. Na seara laborista utiliza-se a denominada “hierarquia dinâmica das normas” em que a norma hierarquicamente superior será sempre aquela que traga melhores condições ao trabalhador, ou seja, aquela que lhe assegure maiores direitos e garantias.

2.4. A TERCEIRIZAÇÃO NA REFORMA TRABALHISTA

O ano de 2017 foi considerado uma divisa para o instituto da terceirização no Brasil. No dia 31/3/2017 foi promulgada a Lei 13.429/2017, e no dia 11 de novembro do mesmo ano, passou a produzir efeitos em todo o país a Lei 13.467/2017, alterando a Lei 6.019/74, a lei de trabalho temporário, permitindo a terceirização em qualquer tipo de atividade para a empresa; seu único critério para definição da licitude da contratação é a existência de garantia que a empresa possua patrimônio econômico compatível suficiente para desenvolver a atividade econômica a que se propõe. A ausência deste requisito gera o vínculo direto com a empresa contratante, configurando destarte a terceirização ilícita.

Discorre nestes termos a “Lei Geral de Terceirização”, em seu artigo 4º A:

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

Percebe-se aqui a primeira grande mudança trazida pela lei emergencial, uma vez que, anteriormente, a prestação de serviços a terceiros não era definida em lei, não havia qualquer definição legal sobre a temática, todo o instituto da terceirização era regulado pela Súmula 331 do TST bem como decisões judiciais; agora a recente lei trouxe de forma cabal o conceito, inclusive aumentando o espectro sob o qual a mesma incide.

A novel legislação deixa claro que a prestação de serviços por meio da terceirização é possível tanto para atividades fim quanto para atividades meio da corporação, o que antes era rechaçado pela supracitada Súmula 331 do TST, que só admitia a terceirização para atividades

meio, ou seja, aquelas que não dizem respeito à atividade precípua da companhia, sendo deixadas apenas para atividades de suporte, tais como: segurança, limpeza, manutenção e etc.

Larga parte da doutrina, bem como juízes do trabalho e advogados que militam na seara trabalhista, teceram largas críticas à modificação legislativa em apreço, destacando desde a existência de inconstitucionalidade formal e material no presente texto legislativo, bem como, em um plano mais concreto de atividade, a precarização nas condições de trabalho dos novos empregados.

No entendimento da procuradora Safira Nila de Araújo Campos Rodrigues (2018, p. 60) dentre os principais efeitos da terceirização em sentido amplo e irrestrito para as prestações de serviços, está o aumento no número de acidentes de trabalho dos empregados terceirizados. Esta consequência se apresenta diretamente concatenada ao mercado altamente competitivo que predomina nas empresas terceirizantes, cada vez em maior número no mercado; este aumento tende a promover uma desvalorização do trabalhador, e como resultado um menor investimento neste em ações de segurança e saúde, essenciais para o desempenho de muitas das funções as quais estes trabalhadores são submetidos, infringindo desta maneira o art. 7º, XXII da Constituição Federal, que assegura o direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho.

Ainda sob o espeque doutrinário de Safira Rodrigues (2018, p. 59):

A intermitência própria do emprego terceirizado, com a ruptura prematura dos contratos, acaba ocasionando um efeito cascata, prejudicando o gozo de outros tantos direitos de latitude constitucional, tais como: direito de usufruir férias anuais (art. 7º, XVIII, da CF/88), em razão de impedir a formação de períodos aquisitivos sucessivos; direito aos depósitos do Fundo de Garantia ao Tempo de Serviço (art. 7º, III, da CF/88), sendo necessária para maior eficácia deste direito a continuidade no emprego somada a um padrão remuneratório justo; direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, XXI, da CF/88), impossibilitando o gozo de um maior lapso temporal na busca por um novo emprego; e direito de aposentadoria (art. 7º, XIV, CF/88), dado que as contratações sucessivas e fragmentadas reduzem o tempo de contribuição previdenciária (o que acarreta também prejuízo ao erário, que sofre diminuição na arrecadação).

Tormentosa também é a problemática envolvendo a possibilidade desta nova terceirização ser aplicada na Administração Pública, no sentido que, ao se conceder permissivo legal para terceirização nas atividades-fim, nas sociedades de economia mista e

empresas públicas, estamos diante de uma ofensa direta a princípios administrativos constitucionais consagrados, a exemplo da Moralidade e Impessoalidade.

Será reservado um tópico especial ainda nesta obra para tempestuoso tema em razão da sua relevância atual para o presente instituto, embora presente a ressalva que o mesmo não seja o enfoque principal do trabalho.

Fato é que a nova legislação acabou com o critério de atividade meio ou fim como balizador de licitude ou não da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, abrindo um grande leque para críticas e reprimendas por todos aqueles ligados direta ou indiretamente ao universo jurídico laboral.

Os críticos da nova legislação em tela demonstram uma grande inquietude com a abertura total preconizada pela recente legislação, temem que tal abertura possa ser perigosa para as relações trabalhistas e para a economia como um todo, pois precariza as relações de trabalho em geral, não trazem qualquer tipo de melhoria substancial para o trabalhador, apenas resolve um problema patronal, facilitando ainda mais a implementação desse tipo de modalidade de trabalho.

Daí se dizer que uma das justificativas para a ampliação desse conceito pela legislação, que seria a segurança jurídica, é em verdade uma fumaça, pois não traz uma estabilidade jurídica para as relações trabalhistas, mas tão somente um conceito amplo que possa amparar qualquer tipo de relação que se estabeleça na prática, o que pode no futuro trazer muito mais prejuízos ao trabalhador do que benefícios às empresas ou mesmo a criação e geração de mais empregos.

2.5. SÚMULA 331 DO TST APÓS A NOVA LEI DE TERCEIRIZAÇÃO

Com a edição da Lei. 13.429/2017, que trouxe a nova regulamentação a respeito do instituto da terceirização, a aplicação da súmula 331 do TST para os casos envolvendo o supracitado instituto vinha sendo motivo de intenso debate jurídico.

A celeuma residia no fato que a presente súmula não havia sido cancelada, e, o novo texto legal trazido pela Lei 13.429/17, ia de encontro ao dispositivo sumulado, no seu inciso III, terminando por fulminar a diferenciação entre atividade fim e atividade meio, antes de

fundamental importância para determinação da licitude da terceirização, contribuindo para a sensação de enorme insegurança jurídica nos casos envolvendo o presente instituto.

Boa parte da doutrina acentuava que a nova lei revogara a súmula 331 do TST, encerrado definitivamente o critério de atividade-fim, atividade-meio como balizador de licitude da terceirização. Defendia ainda a inconstitucionalidade da presente súmula, pois o entendimento do TST elaborava a uma proibição que não estava prevista na nova lei.

Desta maneira, o Supremo Tribunal Federal teve que decidir qual seria o entendimento a ser aplicado aos casos já em andamento na Justiça do Trabalho. Teria a nova Lei 13.429/17 o condão de retroagir e ser aplicada aos casos anteriores a sua vigência? Não aparentava ser este o melhor caminho a ser traçado em nome da segurança jurídica, bem como direitos adquiridos do empregado.

O STF debruçou-se sobre tempestuoso tema por meio da ADPF 324 e do Recurso Extraordinário 958252, e, em recentíssima decisão, por 7 votos a 4, decidiu que a terceirização geral e irrestrita é aplicável também aos processos em andamento anteriores à reforma trabalhista, não atingindo apenas àqueles já transitados em julgado.

Data máxima vênia, estamos diante de uma decisão teratológica por parte da Excelsa Corte, desrespeitando diversos princípios angulares que norteiam o direito do trabalho e em especial o Princípio da Vedação do Retrocesso Social, princípio este francamente relacionado à preservação da segurança jurídica das relações sociais. Nestes termos discorre Ingo Wolfgang Sarlet (2017):

Todavia, por mais necessárias que sejam as reformas, devem elas obedecer – ou, ao menos, deveriam – a padrões formais e matérias mínimas do ponto de vista político-jurídico e que em qualquer caso se situem no âmbito dos princípios que regem um Estado Democrático de Direito, tal qual projetado – nem sempre observado – pela Constituição Federal de 1988.

O princípio da Vedação do Retrocesso Social tem como intuito principal assegurar direitos sociais mínimos adquiridos pelo trabalhador, tentando evitar qualquer tipo de flexibilização em relação a estes. Não cabe ao STF em cima da pretensa desculpa econômica de criação de novos postos de trabalho, ou adequação às modernas técnicas produtivas, pôr em risco a segurança jurídica desses direitos adquiridos pelos trabalhadores.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

3.1. ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

A atividade administrativa no âmbito do estado brasileiro pode ser prestada de duas maneiras distintas: pela própria Administração Pública, através dos órgãos públicos, que desenvolvem as atividades por meio de seus agentes, agindo em nome do Estado, sendo qualificada como forma direta ou centralizada de prestação de atividades; ou ainda, transferindo certas atividades para pessoas jurídicas de direito público ou privado, criadas com finalidade específica, por meio de lei própria, de contrato ou ato administrativo, perseguindo outrossim uma maior especialização e eficiência no desempenho das mesmas, denominada de forma indireta ou descentralizada.

O autor Dirley da Cunha Júnior (2007, p. 131) leciona que:

A Administração Direta ou Centralizada é aquela constituída a partir de um conjunto de órgãos públicos, através do qual o Estado desempenha *diretamente* a atividade administrativa. Aqui, é a própria pessoa estatal (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) que executa diretamente a atividade administrativa. Para tanto, vale-se dos órgãos públicos.

Os órgãos públicos têm como função central realizar a mera vontade do Ente que o instituiu, sendo meros centros de competência, não se distinguindo do próprio Estado. São desprovidos de personalidade jurídica, não respondendo desta maneira em juízo (ressalvado a possibilidade de ingressar em juízo para garantir suas prerrogativas e atribuições previstas em lei), com isso, todos os atos praticados por estes órgãos são atribuídos a entidade estatal a que pertencem.

Os órgãos públicos mantêm com a Entidade Estatal que os instituiu uma relação hierárquica, estando diretamente subordinados à mesma, garantido ao Estado uma série de poderes que asseguram a correta prestação de serviços bem como o seu controle. Nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 155):

Tais poderes consistem no (a) poder de comando, que o autoriza expedir determinações gerais (instruções) ou específicas a um dado subalterno (ordens), sobre o modo de efetuar serviços; (b) poder de fiscalização, graças ao qual inspeciona as atividades dos órgãos e agentes que lhe estão subordinados; (c) poder de revisão, que lhe permite, dentro dos limites legais, alterar ou suprimir as decisões dos inferiores, mediante revogação, quando inconveniente ou inoportuno o ato praticado, ou mediante anulação, quando se ressentir de vício jurídico; (d) poder de punir, isto é, de aplicar sanções estabelecidas em lei aos subalternos faltosos; (e) poder de dirimir controvérsias de competências, solvendo os conflitos positivos (quando mais de um órgão se reputa competente) ou negativos (quando nenhum deles se reconhece competente); e (f) poder de delegar competências ou avocar, exercitáveis na forma da lei.

Maria Sylvia Zaniella Di Pietro (2010, p.510) acentua que a existência dos órgãos não representa nada mais do que uma necessidade premente que a Administração Pública detém, no mundo moderno, para a realização de tarefas cada vez mais complexas e variadas, que ela, de maneira isolada não conseguiria suprir. O modelo de gestão atual não permite mais a dissociação de Ente Estatal e órgãos públicos, sendo elementos contemporâneos e necessários do atual poder público.

Por fim, mas não menos importante, temos que sobrelevar a característica peculiar e distintiva que norteia a prestação de serviços públicos por meio da chamada atividade centralizada, em que, neste tipo de exploração de atividades, o Estado se apresenta concomitantemente como prestador e titular dos serviços, ou seja, estes não saem de dentro da própria Administração Pública, permanecem absorvidos em sua própria estrutura interna.

Em outro sentido, temos a prestação dos serviços de maneira descentralizada, em que a Administração Pública repassa à outra entidade distinta a titularidade e execução da atividade (por meio da chamada outorga) ou meramente a execução da mesma (através da delegação). Neste diapasão incorre Diógenes Gasparini (2012, p. 370):

A prestação de serviços é descentralizada na medida em que a atividade administrativa (titularidade e execução) ou a sua mera execução é atribuída a outra entidade distinta da Administração Pública, para que a realize. Desloca-se a atividade, ou tão só o seu exercício, da Administração Pública central para outra pessoa jurídica, esta privada, pública ou governamental. O serviço vai da Administração Pública, sua titular, ao administrado, seu beneficiário último, através de uma interposta pessoa jurídica, esta privada, pública ou governamental, que o executa e explora. Da descentralização também podem participar uma pessoa física. Ademais, para se ter configurada essa forma de prestação de serviço público, exige-se que: I – a atividade descentralizada seja administrativa, isto é, serviço público; II – a transferência recaia sobre a titularidade e a execução da atividade ou somente sobre a execução. É a *administração indireta*. Em cada esfera de governo (federal, estadual, distrital e municipal) podem ser encontradas entidades *públicas* (autarquias e fundações públicas), *governamentais* (sociedades de economia mista, empresas

públicas e fundações privadas) e *privadas* (empresas mercantis e industriais), atuando como delegatárias, autorizatárias, permissionárias e concessionárias de serviços públicos. Se as entidades governamentais forem exploradoras de atividade econômica, nos moldes do art. 173 da Constituição Federal, elas não integram a Administração Pública indireta.

Percebe-se que na descentralização administrativa a distribuição de atividades é feita para fora da Administração Pública, ou seja, ela ocorre de uma entidade para outra, sendo como característica crucial a existência de duas pessoas jurídicas distintas para a execução dos serviços; as principais formas de descentralização praticadas pelo Estado são: por serviço ou funcional e por colaboração.

Segundo Di Pietro (2010, p. 413) a descentralização por serviço ocorre nas situações que o ente descentralizado se apossa da execução e titularidade do serviço, por meio de lei, gozando de independência com relação ao Ente que o instituiu, não se falando em controle hierárquico. Eventuais interferências do Ente Estatal só serão admitidas em situações que o ente descentralizado esteja se desvirtuando de suas finalidades precípuaas estipuladas na lei para as quais foi instituído. Este é, portanto, o único tipo de tutela que o ente descentralizado é submetido, utilizada como um instrumento para assegurar as obrigações originalmente demarcadas pela lei que o instituiu.

O que existe na verdade é meramente um controle administrativo, denominado por grande parte da doutrina como *tutela administrativa*, que certifica se as atividades finalísticas que presidiram a criação daquela pessoa jurídica estão sendo cumpridas.

A descentralização por colaboração ocorre por meio de contrato ou ato administrativo unilateral proveniente do poder público, na situação em que o Estado transfere apenas a execução dos serviços para o particular, resguardando a titularidade do serviço consigo.

A descentralização por colaboração se alicerçou no modelo evolutivo das grandes empresas privadas, que optaram pelo sistema de descentralização de gestão, trazendo como vantagens: maior agilidade no processo de tomada de decisões, maior processo de autonomia dos seus gerentes e funcionários de alto escalão, maior eficiência no uso dos recursos, devidamente adaptados de acordo com as peculiaridades de cada região.

Nesse sentido, Di Pietro (2010, p. 415) assegura que na medida em que o Estado foi progredindo do ponto de vista econômico e social ele se viu às voltas com a necessidade de novas formas de gerenciar sua mão de obra e conseqüentemente sua organização, baseada nos modelos das empresas privadas, com foco na eficiência e um modelo gerencial; de um lado a

ideia que deu origem ao denominado princípio da especialização, baseado na criação de autarquias, com maior especialização e qualificação na realização de atividades, e do outro, novos métodos oriundos das entidades privadas, mais modernas, atentas as novas tendências organizacionais, que a Administração Pública tratou de importar.

Importante frisar ainda a prerrogativa da entidade estatal alterar ou rescindir unilateralmente o contrato, de modo a adequá-lo ao interesse público, desde que seja respeitado o equilíbrio financeiro, evitando o enriquecimento sem causa por parte da entidade estatal.

A Administração Pública no que tange à prestação de suas atividades persegue a consecução dos seus objetivos primários, e desta maneira procura desenvolver instrumentos para estimular o alcance dos mesmos.

A escolha pela centralização ou descentralização das atividades por parte da Administração Pública, vem sendo guiada pela evolução natural dos métodos de produção e prestação de atividades, e, desta maneira, o Estado vem procurando se desvencilhar do tradicional modelo lento e burocrático e tentando atingir um modelo mais eficiente, galgado nos protótipos da instituição privada, culminando com o surgimento do princípio da eficiência, que seria um norteador do arquétipo a ser perseguido pela Administração Pública.

3.2. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Os princípios são proposições genéricas que servem de fundamento e alicerce para todo o ordenamento jurídico. São os parâmetros da norma legal. Já os princípios do direito administrativo constituem o sustentáculo em que se assentam todos os atos e atividades administrativas; são as determinações elementares que o agente público deve seguir de modo a atingir seus objetivos primários. Nestes termos leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p.97):

Compreende-se, outrossim, que a afirmação dos vários cânones que compõem o regime administrativo estabelece ditames genéricos para o entendimento e interpretação do Direito Administrativo. Todos estes princípios vigoram segundo determinadas condições, regulamentação e limites, admitindo variantes, temperamentos e qualificações particulares à vista do significado singular que assumem em função da legislação concernente aos diversos institutos do Direito

Administrativo. Sem embargo, desempenham o papel de guia; norte que orienta a compreensão desta disciplina e radical que unifica e lhe dá organicidade e coesão.

Nesta mesma esteira incorre Dirley da Cunha Júnior (2007, p.36):

[...] Os princípios jurídicos são normas jurídicas fundamentais de um sistema jurídico, dotadas de intensa carga valorativa, e, por isso mesmo, superiores a todas as outras, que se espraiam, explícita ou implicitamente, por todo o sistema, dando-lhe o fundamento e uma ordenação lógica, coerente e harmoniosa. Em razão de sua força normativa e da elevada carga axiológica, os princípios determinam o conteúdo das demais normas e condicionam a compreensão e aplicação destas à efetivação dos valores que consagram. São, em síntese apertada, as fundações normativas vinculantes de um dado sistema jurídico.

Existe uma série de princípios que servem de guia para o Direito Administrativo, desde os expressos, sejam em texto legal ou constitucional, ou mesmo implícitos, não encontráveis no direito positivado. Como o tema em relevo não é o objeto nuclear do presente trabalho, será dedicada uma maior atenção apenas os princípios jurídico-constitucionais que norteiam a Administração Pública.

3.2.1. Princípio da Legalidade

Pelo presente princípio a Administração Pública só poderá atuar nos exatos limites da lei, não podendo destes se afastar sob pena de responsabilização pessoal do agente público. O texto legal não somente explicita quais os direitos assegurados individualmente aos administrados, como também traça os exatos limites legais de atuação do Ente Público, resguardando os direitos da coletividade.

Para se ter uma correta e cristalina ideia da aplicação prática deste princípio para a Administração Pública, tem-se que, no âmbito das relações administrativas, o agente público somente está autorizado a atuar nos exatos ditames da lei, ou seja, apenas quando ela expressamente o autorize, ao passo que, na esfera privada, o cidadão está autorizado a fazer qualquer coisa desde que não expressamente proibido por lei.

Fernanda Marinela (2007, pág. 35) faz uma pequena ressalva, afirmando que o simples fato do administrador está adstrito à lei, nos termos do presente princípio, não exime o agente público de agir com um certo grau de discricionariedade no caso concreto, tendo em mente a

conveniência e oportunidade do mesmo. Não se faz possível a previsão legal de todos os casos, sem se levar em conta ainda o caráter de generalidade inerente às leis, gerando desta maneira um poder dever por parte do agente público em atuar de acordo com as especificidades de cada uma das situações que se apresentem a ele, sempre com objetivo da consecução do fim público.

3.2.2. Princípio da Impessoalidade

O Princípio da Impessoalidade determina, *a prima facie*, que a Administração Pública deve ser guiada por uma ausência total de subjetividade em suas ações, não podendo se valer de posições pessoais, de interesses escusos, procurando beneficiar ou prejudicar qualquer administrado; seu único propósito deverá ser o atingimento do fim público.

Esta primeira vertente do princípio está diretamente relacionada ao princípio da finalidade pública, chegando a defender alguns doutrinadores que estes não se distinguem, ou que estão insitamente conectados.

O autor Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 117) desfruta de tal opinião e defende:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*), *a fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração.

A segunda vertente do princípio em voga permeia que os atos praticados pela Administração Pública não podem ser imputados ao servidor que o expediu, haja vista este agir em nome do Estado; o agente apenas de maneira formal, manifesta a vontade do poder público. Desta maneira, o aludido princípio procura evitar dentre outras situações, promoções pessoais de agentes políticos com a realização de obras públicas, vedando a utilização de nomes de candidatos, partidos, ou qualquer símbolo que particularmente identifique a autoridade pública.

3.2.3. Princípio da Moralidade

Este princípio se consubstancia no fato que a Administração Pública deverá pautar seus atos não apenas por tudo aquilo que a lei determina, mas também por critérios morais; para o agente público não basta ficar adstrito ao critério da legalidade, devendo atuar também conforme os preceitos éticos, atribuir legitimidade a seus atos. O simples fato de desprezá-los seria uma desobediência ao próprio comando legal, transgredindo as regras de disciplina interna da própria Administração Pública. Neste sentido conceitua Dirley da Cunha Júnior (2007, p. 40)

Deve-se entender por moralidade administrativa um conjunto de valores éticos que fixam um padrão de conduta que deve ser necessariamente observado pelos agentes públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública, de modo a impor que estes agentes atuem no desempenho de suas funções com retidão de caráter, decência, lealdade, decoro e boa fé. Enfim, esse princípio determina o emprego da ética, da honestidade, da retidão, da probidade, da boa fé e da lealdade com as instituições administrativas e políticas no exercício da atividade administrativa. Violá-lo macula o senso comum.

Ao alcançar o status de norma constitucional, o Princípio da Moralidade foi edificado à condição de condutor capital que subordina o modo como a Administração Pública edita e pratica seus atos, limitando o agente público a agir de acordo com os preceitos éticos exigidos, devendo ser assegurada, não somente a legalidade das ações desenvolvidas, bem como a legitimidade das mesmas, sob pena de posterior controle por parte do Poder Judiciário.

3.2.4. Princípio da Publicidade

O Princípio da Publicidade determina que, via de regra, todos os atos administrativos devem ser públicos, seguindo a premissa que a Administração Pública atua em nome da coletividade, logo os atos praticados por esta devem ser de conhecimento geral e irrestrito.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 117) nos traz o argumento que o Princípio da Publicidade é um dever de transparência imposto legalmente a Administração Pública; não há como se falar em Estado Democrático de Direito, sem que os administrados tenham plena

ciência dos atos emanados pelo poder público, afinal de contas, estes atos têm como destinatário final a própria sociedade, o fundamento destes reside no conseguimento do interesse da coletividade.

Além deste aspecto, a publicização dos atos emanados pelo Poder Público assegura aos administrados o controle sobre os mesmos, e caso entendam necessário, se façam valer das medidas legais cabíveis para impugnar os mesmos, ou até mesmo assegurar maiores informes. Importante salientar ainda que este direito a informação não é restrito apenas à Administração Pública, se estendendo às entidades governamentais e até mesmo às entidades privadas que recebam qualquer tipo de incentivo público. Conforme acentua Fernanda Marinela (2007, p.42):

A publicidade, como princípio de Administração Pública, abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos, como também de propiciação de conhecimento de conduta interna de seus agentes. Para tanto, podem-se citar alguns fundamentos constitucionais, a exemplo do art. 37, *caput*, que define publicidade como um dos princípios da Administração Pública; o art. 5º, inciso XXXIII, que garante o direito à informação; o art. 5º, inciso XXXIV, alínea b, que define o direito de certidão; além do art. 5º, inciso LXXII, que institui o remédio constitucional denominado *habeas data*, que garante o direito à obtenção e retificação de informações pessoais.

3.2.5. Princípio da Eficiência

O último princípio erigido ao status de norma constitucional foi o princípio da Eficiência. Parte da premissa que a Administração Pública deve ter suas atividades desempenhadas de maneira célere, dinâmica; busca a eficiência em todos os seus atos através da melhor utilização possível dos recursos públicos.

Tal princípio procurou afastar a ideia inicial de uma administração burocrática, lenta, trilhando o caminho de uma administração gerencial, focada primordialmente na avaliação de desempenho, controle de resultados, ou seja, no modelo moderno de gestão empresarial. Diógenes Gasparini (2012, p. 76) preceitua o objetivo maior do presente princípio:

As atribuições devem ser executadas com perfeição, valendo-se das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível, evitando sua repetição e reclamos por parte dos administrados. Ademais, a realização cuidadosa das atribuições evita desperdício de tempo e de dinheiro públicos, tão necessários na época atual. Por fim, tais competências devem ser praticadas com *rendimento*, isto é,

com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade. Resultados positivos não significam lucros, embora, em alguns casos, possam existir. Deve-se com este desempenho, rápido e perfeito, atingir um maior número de beneficiados. Procura-se maximizar os resultados em toda e qualquer intervenção da alçada da Administração Pública. Qualquer ação ou decisão deve ter essa preocupação, evitando-se as que não têm ou que não atendam a esse princípio. É, pois, a relação custo-benefício que deve presidir todas as ações públicas [...].

3.3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado pelos atos emanados por seus agentes é, via de regra, objetiva, o que significa dizer que a Administração Pública irá responder por todos os prejuízos que seus órgãos (agentes), no exercício de suas atribuições, provocarem aos seus administrados.

Importante enfatizar que são naturalmente resguardados os direitos de regresso por parte da Administração Pública nas situações que o funcionário público agir com culpa ou dolo. A nossa própria Carta Magna trata de disciplinar a responsabilidade objetiva do Estado, em seu artigo 37.

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

(...)

§6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Por meio desta previsão constitucional e entendimentos doutrinários, restou acolhida no direito brasileiro a teoria do risco administrativo, não se levando em consideração a existência de culpa nos atos praticados pelo Estado como pressuposto para o ônus de indenização reparatória.

Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 232) desenvolve a ideia que a teoria do risco administrativo parte da premissa que o Estado, enquanto executor de seus próprios atos, deveria se responsabilizar pelos riscos provocados por esses. Considerava ainda que o interesse primário da coletividade se apresenta como o alicerce da Administração Pública, desta maneira, os interesses de todos os administrados individualmente deveriam ser

considerados, e, principalmente, resguardados. Desde que observados o nexo de causalidade entre a ação do agente público e o dano sofrido por parte do administrado, toda e qualquer lesão sofrida por esse deveria ser passível de restituição por parte do Poder Público, independentemente de culpa por parte do agente que o causou.

Convém registrar ainda a existência de situações específicas em que a responsabilidade do Ente Público poderá ser afastada, como nos casos em que o dano não possa ser imputado de maneira direta ao Estado, devido a presença de qualquer elemento que venha a romper o nexo causal existente entre o prejuízo sofrido e o agir público. Discorre o professor Sérgio Cavalieri (2009, p. 232):

Com efeito, a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal - fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. O risco administrativo, repita-se, torna o Estado responsável pelos riscos da sua atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da Natureza, estranhos à sua atividade. Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado.

3.4. LICITAÇÕES. *CULPA IN ELIGENDO*. *CULPA IN VIGILANDO*.

A Administração Pública se submete a um procedimento especial para contratação de serviços do seu interesse; diferentemente das empresas privadas, que estão livres para decidir quem contratam, o Poder Público precisa se submeter ao procedimento administrativo denominado licitação para consecução dos mesmos propósitos.

A premissa básica que justifica a exigência de licitação para contratação de serviços por parte do Poder Público, encontra guarida justamente no cumprimento do arcabouço principiológico que guia a Administração Pública.

O procedimento licitatório visa assegurar a aplicação dos princípios constitucionais administrativos, já pormenorizados no presente trabalho, da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade; no mesmo sentido, a licitação obedece também a princípios próprios do exposto instituto, que justificam a sua existência, a guisa do princípio da isonomia

e da livre concorrência. Conceitua o presente instituto e atribui suas funções primordiais Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p.536):

Licitação – em suma síntese – é 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. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

A própria Lei nº 8.666/93, denominada Lei de Licitações, preceitua em seu artigo 3º, os motivos que ensejam o procedimento licitatório, desenvolvendo o legislador ordinário toda uma gama de princípios e etapas a serem seguidas de modo a assegurar a lisura das contratações públicas, bem como garantir o enfoque no modelo de uma administração gerencial.

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

A licitação, por se tratar de um procedimento administrativo, é composta por uma série de atos e fatos necessários (fases) para que se alcance o objetivo final proposto pela Administração Pública; quanto maior for o valor do contrato em questão, mais complexa será a licitação.

A concorrência, modalidade licitatória que envolve os valores mais exorbitantes é constituída de diversas fases, tais quais: edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação.

A fase de habilitação corresponde ao momento em que a Administração Pública averigua a documentação dos licitantes, com o fito de avaliar a retidão da empresa licitante e, principalmente, se a mesma tem condições de lidar com os encargos econômicos decorrentes do contrato. Dentre algumas exigências para citada fase, temos a comprovação de regularidade fiscal, e principalmente, a qualificação econômico-financeira.

Por meio de todo o procedimento licitatório, a Administração Pública procura garantir que o contratado disponha de meios para consecução do contrato; caso a empresa privada não detenha condições de suprir os encargos decorrentes do contrato, a Administração Pública vai incorrer na chamada culpa *in elegendo*, pelo simples fato de ter escolhido mal a empresa com quem celebrou seu contrato, e posteriormente não teve capacidade econômica de cumprir com as obrigações do mesmo.

A culpa *in elegendo* (anterior à celebração do contrato administrativo) parte da premissa que, caso a Administração Pública não se cerque das cautelas necessárias na hora de contratar com um particular, nada mais justo que ela venha a responder de maneira subsidiária em caso de descumprimento das obrigações por parte do responsável principal.

A habilitação desta maneira funcionaria como uma espécie de filtro por parte da Entidade Estatal, para que, durante o processo de licitação, esta, através de toda a documentação exigida no edital, obtenha as condições e garantias necessárias para o cumprimento das obrigações por parte do particular; ou seja, durante o procedimento de habilitação cabe a Administração cingir-se de todos os meios para avaliar os direitos e obrigações sinalagmáticas previstos no edital.

A culpa *in vigilando* (posterior à contratação) vem no sentido de ampliar o papel fiscalizatório da Administração, determinando que, além da correta seleção da empresa, é necessário também o acompanhamento da execução do contrato, garantindo e preservando desta maneira o fim público, sobre pena de responsabilização subsidiária dos encargos; a própria Lei de Licitações (8.666/93) em seu artigo 67, determina a obrigação por parte da Administração Pública em fiscalizar os contratos realizados.

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

Conforme se extrai do texto legal, a Administração Pública tem um múnus público de supervisionar o cumprimento do contrato. Não se reputa suficiente o esmero durante o procedimento licitatório, no enalce da melhor proposta bem como do melhor ofertante, mister se faz necessário o acompanhamento permanente da prestação de serviços, e caso se repute necessário, a aplicação de sanções por eventuais descumprimentos de cláusulas contratuais previamente estabelecidas.

4. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1. NOÇÕES PROPEDEÚTICAS

Consoante já mencionado no presente trabalho, a Súmula 331 do TST era o que se tinha de mais recente regulamentando o instituto da terceirização no país, inclusive com relação à Administração Pública. Não havia uma legislação específica para o presente instituto até as recentes alterações promovidas na Lei de Trabalho Temporário. Muito se discute sobre o alcance das recentes alterações sofridas pela Lei n. 6.019/74 para a Administração Pública, tema que será abordado ainda neste capítulo.

A Súmula 331 do TST foi de suma importância para elucidar diversos temas relativos à terceirização na Administração Pública, dentre os quais, podemos destacar: a impossibilidade de vínculo empregatício com o Poder Público, ainda que a terceirização seja ilícita, haja vista a obrigatoriedade constitucional de concurso público para provimento de cargos e empregos; previu ainda, em um primeiro momento, a responsabilização subsidiária da Administração Pública em caso de inadimplemento por parte das verbas trabalhistas pela empresa terceirizante.

Por fim, especificou as situações em que esta responsabilização subsidiária poderia ser atribuída ao Ente Estatal, desde que observadas, em cada caso concreto, a presença da denominada culpa *in vigilando* por parte da Administração Pública.

No presente capítulo, vamos analisar os principais incisos da Súmula 331 do TST relacionados à Administração Pública; serão abordados desde os aspectos relacionados à possibilidade de geração de vínculo empregatício do trabalhador terceirizado de maneira ilícita, até a decisão da ADC 16 (Ação Declaratória de Constitucionalidade) pelo Supremo Tribunal Federal, que modificou o inciso IV e acrescentou os incisos V e VI na sobredita Súmula, e, as consequências desta Declaração de Constitucionalidade para o critério de responsabilização da Administração Pública diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa prestadora de serviços. Por fim, serão examinados os impactos provocados pela novel legislação da terceirização na Administração Pública.

4.2. SÚMULA 331, II, DO TST.

A Súmula 331 do TST, em seu inciso II, prescreve que “a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988)”.

No mesmo sentido, a própria Constituição Federal, em seu artigo 37, traça as bases e limites que o Poder Público pode se utilizar para contratação de pessoal:

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

I – Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende da 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, ressalvada as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...]

Nota-se inicialmente que a Súmula 331 do TST em seu inciso II praticamente corrobora o entendimento constitucional prevalecente em seu artigo 37 e incisos, destacando que, a única maneira de se gerar o vínculo de emprego com o ente estatal seja por prévia aprovação em concurso público. Tanto a Constituição quanto a Súmula procuram dessarte assegurar a aplicação dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.

Alex Sander Silva de Jesus em seu artigo (2017) alerta que “referidos princípios têm como objetivo vincular, ao fim e ao cabo, a atuação dos administradores, a fim de evitar o uso da máquina pública para a satisfação dos seus interesses particulares, em evidente desvio de poder.”

Diante de tal afirmação, o concurso público seria o garantidor universal de tais princípios para o exercício regular das atividades na Administração Pública. Aborda André Inácio de Oliveira (2012) em seu artigo:

A submissão a concurso público é formalidade que visa a garantir que a escolha daqueles que contribuirão com sua força de trabalho para o desempenho das atividades exercidas pela administração pública ocorra em respeito à igualdade, moralidade, impessoalidade, e a eficiência, princípios fundamentais da ordem jurídica pátria, e, especialmente da ordem jurídica administrativa, positivados no art. 5º, caput, e 37, caput, da Constituição Federal.

Ainda nos termos de André Inácio (2012) o princípio da isonomia estaria representado no momento que são dadas iguais oportunidades para todos os candidatos disputarem uma vaga no emprego ou cargo público. A moralidade e impessoalidade se assentam no momento que, por meio do certame, são utilizados critérios objetivos de avaliação, impedindo desta maneira favorecimentos pessoais, “apadrinhamentos” ou a prática nefasta do nepotismo. E por fim, a eficiência obviamente se apresenta quando o aprovado em concurso público, por lógica inferencial, é o candidato mais preparado a desempenhar as atividades administrativas da maneira eficiente ensejada.

Sendo assim, a ausência de concurso público por parte do empregado, ainda que por tempo determinado, dá ensejo à nulidade daquele contrato, consoante dispõe a nossa própria Carta Magna Federal, em seu artigo 37, par. 2º: “a não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da Lei.”

O entendimento prevalecente do TST é no mesmo sentido, nos termos da Súmula 363:

A contratação de servidor público, após a CF/1998, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes ao depósito do FGTS.

O entendimento jurisprudencial do TST, bem como a previsão constitucional é um tanto contraditório e não condizente com os dogmas pré-estabelecidos que servem de norte à justiça laboral. Não aparenta justiça, e muito menos, não encontra amparo no princípio angular do direito trabalhista, o da Proteção, que o trabalhador seja responsabilizado por um ato ilegal por parte do Ente Público.

O princípio do Interesse Público não pode se sobrepor a princípios norteadores do Direito do Trabalho (Princípio da Proteção, da Primazia da Realidade, Boa Fé) e Princípios Fundamentais Constitucionais (Dignidade da Pessoa Humana, Valorização do Trabalho) que asseguram os direitos mínimos de todo cidadão.

Alex Sander Silva de Jesus (2017) ensina em síntese que havendo a contraprestação de serviços por parte do funcionário terceirizado, o Ente Público tem um dever de arcar com todas as verbas trabalhistas devidas até a declaração de nulidade, inclusive pelo fato de ter sido a própria Administração Pública quem de fato se beneficiou diretamente do labor do empregado.

A Administração Pública tem uma obrigação constitucional de assegurar o bem público, ou seja, o bem de seus administrados, considerados em dadas situações em suas individualidades; desta maneira, o cumprimento das obrigações trabalhistas daqueles que disponibilizaram sua mão de obra em benefício da máquina pública é um dever da Administração Pública, alicerçado em princípios constitucionais administrativos, mas também e, principalmente, princípios assecuratórios dos direitos fundamentais. Neste sentido também entende André Inácio de Oliveira (2012):

Ora, se a valorização do trabalho constitui-se como fundamento do Estado, revela-se contraditório admitir que, em nome da defesa dos interesses estatais, sejam sonegados os direitos mínimos do trabalhador na hipótese de se declarar a nulidade do contrato de trabalho por ausência de prévia aprovação em concurso público. Não há dúvidas, portanto, de que a defesa dos interesses da administração pública, nesse caso, deve compatibilizar-se com a proteção aos direitos do trabalhador.

A Justiça laboral, entretanto não deixou o trabalhador totalmente descoberto. Esclarecem em seu artigo Viana, Delgado e Amorim (2011), que foi assegurado ao trabalhador contratado irregularmente pela Administração Pública o direito a isonomia de salário, partindo-se da seguinte premissa: o que realmente importa para o Direito do Trabalho é a realidade de fato, assentada no consagrado brocardo jurídico laborista da Primazia da Realidade; ou seja, se ambos os empregados (terceirizados irregularmente e os ocupantes de cargos públicos) trabalharam na mesma empresa e desempenharam as mesmas funções, nada mais justo que ao menos seja assegurada a isonomia salarial àquele trabalhador contratado de maneira ilícita. Nestes termos determina a OJ nº 383, da SDI-1 do TST:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, A, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.74. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo

tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, a, da Lei nº 6.019, de 03.01.74.

O TST defende com a presente Súmula que o concurso público se apresente apenas como requisito para a investidura no cargo público, distinguindo-se os empregados aprovados e terceirizados apenas pra efeitos de contratação; contudo, os direitos dos trabalhadores com relação à isonomia pelo mesmo trabalho desempenhado há de ser respeitado, em consonância com todos os direitos protetivos dos trabalhadores e cidadãos já apresentados em exaustão no presente capítulo.

4.3. RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENTENDIMENTO ANTERIOR À ADC 16.

A Súmula 331, IV, do TST, trouxe em seu corpo normativo a partir de 11/09/2000 o entendimento jurisprudencial dominante a respeito da responsabilização do prestador de serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do tomador. Importante frisar que a encimada Súmula, em seu inciso IV, não mencionava a Administração Pública, acabando, por, a jurisprudência trabalhista, apoiado em uma interpretação extensiva, aplicá-la também ao poder público. Segue abaixo o verbete *in ipsi litteris*:

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

Com a evidente lacuna legislativa, os tribunais trabalhistas bem como operadores do direito se viram diante de incertezas jurídicas quanto à jurisprudência aplicável à terceirização na Administração Pública.

Diante de tal alarido, o TST por meio de aplicação analógica do artigo 455 da CLT, que previa a responsabilização subsidiária ao empregador principal contra o subempregador nos contratos de subemprego, editou a Resolução 96/2000, em reverência aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, alterando o inciso IV da Súmula 331 do TST, assegurando de maneira expressa a responsabilização automática da

Administração Pública pelas obrigações não cumpridas pela empresa prestadora de serviços.

Nos termos do Enunciado:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93)

Segundo Cláudia Marinho (2012) a jurisprudência dos tribunais do trabalho foi uniformizada no sentido de responsabilização automática do poder público pelas verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa terceirizante; através da responsabilidade objetiva por parte do Ente Público, os magistrados trabalhistas buscavam a preservação dos direitos mínimos aos empregados, que seriam as verbas rescisórias devidas pelo labor prestado.

Nos termos do entendimento dominante da época pouco importava a origem da culpa, se originária diretamente da Administração Pública, ou se oriunda do tomador de serviços, a responsabilização do Poder Público seria objetiva, a guisa da responsabilidade aquiliana prevista no artigo 37 da Constituição Federal; desta maneira qualquer critério subjetivo estava afastado no cumprimento da responsabilização por parte do Poder Público beneficiário da mão de obra terceirizada.

Leonardo Caffaro (2012) salienta que um dos objetivos do legislador seria a aplicação do Princípio da Alteridade, devendo o Ente Público assumir os riscos da atividade ainda que a contratação seja ilícita, assegurando o conceito da chamada “culpa presumida”; nada mais justo, haja vista ter a Administração Pública se beneficiado da mão de obra do trabalhador, devendo desta maneira assumir o cumprimento de todas as verbas trabalhistas devidas.

A própria CLT em seu artigo 2º ratifica este entendimento principiológico, ao dispor que “considera-se empregador, a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” (grifo nosso).

O simples fato da Súmula 331 do TST oportunizar à Administração Pública a terceirização de seus serviços não lhe dá o privilégio de abusar deste direito, deixando desta maneira de cumprir com seus encargos, ainda que de maneira subsidiária, em caso de

inadimplemento por parte da empresa terceirizante, em especial a contraprestação salarial, de suma importância para o trabalhador devido a sua natureza alimentar.

4.4. A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS A ADC 16.

Conforme analisado no tópico passado, o entendimento sumulado predominante na justiça do trabalho era aquele que atribuía ao Poder Público a responsabilização objetiva pelo inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços; entretanto, algumas controversas surgiram e foram amplamente debatidas por juízes e operadores do direito.

O primeiro ponto a ser levantado foi que não se poderia atribuir à Administração Pública a responsabilidade prevista no art. 37 da Constituição Federal, haja vista a responsabilidade aludida ser extracontratual, aplicável aos agentes públicos que agem no exercício de suas funções em nome do Estado; a responsabilidade referente à terceirização se aplica a empresas privadas que, por meio de contratos, prestam serviços à Administração Pública.

O segundo ponto e motivo de maior controvérsia causada pela redação e aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST pelos juízes trabalhistas foi o fato que, ao atribuir a responsabilidade subsidiária automática à Administração Pública diante do inadimplemento por parte da empresa tomadora de serviços, o Tribunal Superior do Trabalho estaria indo de encontro à chamada Lei de Licitações, que dispunha de maneira totalmente antagônica. Discorre o art. 71 §1º da referida Lei 8666/93:

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.

A jurisprudência majoritária trabalhista apesar da existência e vigência da citada legislação ordinária abraçava o entendimento sumulado, condenando a Administração Pública

de maneira objetiva, gerando uma presunção absoluta de culpa do ente público pelo simples inadimplemento por parte da prestadora de serviços.

Com o conflito evidente das duas figuras normativas, diversos órgãos públicos começaram a se manifestar na defesa de seus interesses, instigando o STF a se manifestar sobre tormentosa divergência, alegando que, ao não aplicar o artigo 71 da Lei 8.666/93, os tribunais trabalhistas estariam implicitamente declarando a norma inconstitucional, sem que os trâmites procedimentais exigidos para tal manifestação tivessem sido perscrutados.

Diversas ações e reclamações foram ajuizadas diante da suprema corte arguindo que o TST não poderia ter afastado a aplicação do art. 71 da ‘Lei de Licitações’, pois, não foi observado o Princípio da Reserva de Plenário (o tribunal só pode vim a declarar inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, pela maioria absoluta dos votos dos membros de seu plenário ou órgão especial, se houver) para declaração da inconstitucionalidade da referida norma; transgressão esta, prevista expressamente na Súmula Vinculante nº10 do próprio Egrégio Supremo Tribunal Federal, como se aduz a seguir:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) 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”.

Mesmo diante de tantos pontos controversos em apreciação, os tribunais trabalhistas persistiam na aplicação literal do artigo 331 IV da Súmula, atribuindo ao poder público a responsabilização objetiva também nos atos oriundos de seus contratos administrativos. Tal entendimento dominante foi alvo de severas críticas, conforme discorre Carlos Afonso Rodrigues Gomes em seu artigo (2012):

O problema não está propriamente na redação do enunciado, mas na aplicação que a Justiça do Trabalho vem conferindo ao tema. Sendo a Administração Pública tomadora dos serviços, a sua condenação pela imputação objetiva, sem demonstração de qualquer grau de culpa, a dizer, independentemente da demonstração de requisitos básicos autorizadores para a configuração de “devedor” da relação jurídica entre terceiros, vem sofrendo as condenações da espécie. Esse entendimento, além de convergir para a violação de dispositivo legal expresso, conduz a um claro desvirtuamento dos recursos públicos. Quando a Administração Pública suporta esse indevido encargo, na realidade é a própria sociedade (no caso o contribuinte) quem efetivamente acaba pagando pela irregularidade.

Diante de tamanho conflito, foi ajuizada em março de 2007 a ADC 16 (Ação Declaratória de Constitucionalidade) pelo Governo do Distrito Federal, com a participação da União como *amicus curiae*, pleiteando a declaração de constitucionalidade do art. 71 da Lei. 8666/93; o escopo maior por parte do poder público era o reconhecimento pela Suprema Corte que a Administração Pública não deveria responder por encargos trabalhistas nos contratos de terceirização com empresas privadas, conforme asseverava a própria legislação ordinária.

O STF, desta maneira, no ano de 2010, reuniu-se em seu pleno para analisar questão referente a constitucionalidade ou não do art. 71 da Lei 8666/93, e delinear os limites da responsabilização da Administração Pública nos contratos de terceirização; terminaram por julgar procedente a ADC 16, declarando constitucional o art.71 da Lei de Licitações, restringindo o alcance da responsabilização do poder público à verificação de culpa por parte do ente público na análise de caso concreto.

Os ministros do STF decidiram por uma aplicação da Súmula 331 IV moderada ou mitigada, ao decidir que a Administração Pública deveria responder pelas verbas trabalhistas não adimplidas pelo prestador de serviços, porém não de maneira automática, devendo ser levado em conta a análise do conjunto fático-probatório de cada caso.

A decisão do STF na ADC 16 restou por anular a responsabilidade objetiva do ente público nas relações contratuais de terceirização, ou seja, deve ser levada em consideração “a culpa *in vigilando*” para responsabilização da Administração Pública; cabe ao juiz, na análise do processo em mãos, com suas especificidades, verificar a existência de uma fiscalização efetiva por parte dos entes públicos, não cabendo mais se falar em culpa presumida, e sim primar pela busca da verdade real.

Alguns doutrinadores ainda defendem a ideia da ocorrência da culpa *in elegendo* como fator motivador da responsabilização por parte do poder público, ainda que em menor escala de ocorrência. Sérgio Torres Teixeira (2015, p.79) destaca como exemplos de culpa *in elegendo* por parte da Administração Pública “[...] a contratação de uma empresa inidônea sem o devido processo licitatório ou então por meio de uma licitação falha ou “viciada”, dirigido a uma empresa tecnicamente incapaz ou economicamente débil”.

A ADC 16 estabeleceu a necessidade de evidências fáticas, de um comportamento culposo por parte da Administração Pública com relação aos empregados terceirizados; é

imperiosa a existência do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva por parte do poder público e o dano sofrido pelo trabalhador.

A ministra Carmem Lúcia discorreu em seu voto a respeito dos principais pontos ensejadores de controvérsias que culminaram com a ADC 16 (2010, p. 34):

Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, § 1º da Lei 8.666/93. Nesse dispositivo, o “dano” considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público. Assim, a previsão legal de impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado particular não contraria o princípio da responsabilidade do Estado, apenas disciplinando a relação entre a entidade da Administração Pública e seu contratado. Ao argumento de obediência ao princípio da responsabilidade de Estado – de natureza extracontratual – não se há de admitir que a responsabilidade decorrente de contrato de trabalho de empregados de empresa contratada pela entidade administrativa pública a ela se comunique e por ela tenha de ser assumida.

A responsabilização objetiva para os contratos de terceirização não encontra guarida constitucional, tendo em vista, que a responsabilidade prevista no art. 37 da nossa Carta Magna é relativa apenas aos atos extracontratuais, diferentemente da responsabilidade na terceirização, que advém de contrato.

Neste mesmo sentido a ministra Carmem Lúcia (2010, pág.33), arguiu ainda que, a responsabilidade da Administração prevista na Constituição Federal era aquela derivada de uma ação ou omissão de agente público que age em nome do estado, diferentemente da situação prevista na Lei 8666/93, que se refere à responsabilização de uma empresa privada não integrante dos quadros da Administração Pública.

Não cabe ao TST generalizar todos os casos envolvendo terceirização, imputando a responsabilidade objetiva indiscriminadamente à Administração Pública; mister se faz necessário uma investigação minuciosa do caso concreto a fim de se comprovar a culpa efetiva do poder público no cumprimento de suas obrigações fiscalizadoras.

Gilmar Mendes em seu artigo (2000) assevera não aparentar justeza que, partindo-se de uma falsa premissa de hipossuficiência existente na relação entre os órgãos públicos e as empresas privadas, a Administração Pública seja eternamente responsável pelos infortúnios das mesmas; não pode o poder público desta maneira ser “salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo “à brasileira”, no qual os lucros são apropriados e prejuízos são socializados”.

No entendimento de Cezar Peluso (2010), o STF não poderia como também não deveria impedir que o TST, fizesse a análise de cada caso individualmente. O que se procurava evitar era uma responsabilização automática por parte do poder público, e a aplicação *in ipsa litteris* da Súmula 331 do TST. A justiça do trabalho tinha o dever de observar outras normas e princípios constitucionais, de modo a garantir os direitos dos trabalhadores terceirizados, e assegurar a responsabilização da Administração Pública não apenas pelo mero inadimplemento das verbas por parte da empresa terceirizante, porém em razão de eventuais omissões do processo fiscalizador.

O resumo da análise meritória sobre a ADC 16 foi evidenciado no informativo 610 do STF (2010), em que se ratificou a constitucionalidade do art. 71 da Lei. 8666/93 e precisou a responsabilização subsidiária subjetiva por parte do ente público nos contratos de terceirização:

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 estariam fundamentados tanto no **§ 6º do art. 37 da CF, quanto ao § 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 [...]. 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, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010.

Após a decisão da ADC 16 o TST se viu obrigado a modificar o teor da sua Súmula 331, em razão do novo conceito de responsabilização da Administração Pública definido pelo STF; desta maneira, através da resolução nº 174/2011, o TST alterou o inciso IV da referida súmula, acrescentando ainda os incisos V e VI conforme destacado abaixo *in ipsa verbis* abaixo:

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

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

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

Na prática, entretanto, a ADC 16 não surtiu o efeito desejado por parte dos órgãos públicos, pois os magistrados trabalhistas continuaram a proferir suas decisões ignorando o art.71 da Lei 866/93, partindo de uma presunção relativa de culpa por parte da Administração Pública; ora, se as verbas trabalhistas não estão sendo adimplidas por parte do prestador de serviços, é evidente que a Administração Pública não está se cercando dos cuidados de fiscalização necessários e exigidos de sua parte.

Desta maneira, em quase todas as oportunidades que ocorria o inadimplemento da empresa contratada, o poder público era considerado culpado pela justiça trabalhista, restando por obrigado a quitar todas as dívidas trabalhistas oriundas do contrato.

4.5. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Conforme já citado no presente trabalho, as Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 trouxeram importantes alterações na Lei de Trabalho Temporário, que passou a regulamentar também a terceirização. A principal novidade trazida pela “nova Lei geral de Terceirização” foi a possibilidade desta ser realizada também para as atividades principais da empresa tomadora destes serviços.

A problemática envolvendo a novel legislação no que diz respeito à Administração Pública se assenta que a mesma não especificou em seu verbete a possibilidade de aplicação também para os órgãos públicos.

Tem-se adotado a interpretação extensiva no sentido de aplicação da novel legislação também para Administração Pública, a guisa do que já faziam inicialmente magistrados e tribunais trabalhistas no sentido da responsabilização subsidiária na terceirização, conforme amplamente debatido no presente trabalho.

Neste tópico, buscar-se-á esclarecer e debater certos pontos sobre a nova legislação que alterou a lei de terceirização no Brasil e como essas alterações refletem no âmbito da administração pública, sem no entanto esgotar referido tema, pois não se trata do objetivo do presente trabalho.

A inovação legislativa demonstra uma pretensa reação do legislativo no sentido de dar mais segurança jurídica ao instituto aqui estudado, uma vez que não havia um conceito definido em lei sobre a terceirização e agora que esse conceito fora criado pela legislação ele vai de encontro ao que a doutrina preconizava, abarcando inclusive a atividade fim da empresa.

No âmbito da Administração Pública o problema é ainda maior haja vista a previsão constitucional de concursos públicos para contratação de pessoal se apresentar como um verdadeiro óbice para fiel implementação da terceirização ampla e irrestrita.

Tal imperativo constitucional já traz uma baliza norteadora que talvez impeça que alguma entidade pública, realize a terceirização de suas atividades fim, uma vez que para a consecução dos seus fins definidos em lei, há também a definição e criação dos cargos em lei, e se existem cargos já criados não se poderia ignorá-los e contratar outras pessoas para exercer aquelas funções previstas normativamente ou na própria constituição, pois seria uma afronta aos princípios da legalidade e da boa-fé.

Neste sentido, tece sua opinião Safira Nila de Araújo Campos Rodrigues (2018, p.61) que a novel legislação ofende frontalmente princípios fundamentais e constitucionais que servem de alicerce para toda a Administração Pública, como por exemplo, o princípio da Moralidade, como também vai de encontro ao artigo 37, II, da Constituição Federal, norma constitucional esta que prevê a obrigatoriedade de concurso público para ocupação de cargos públicos.

Mesmo estando as sociedades de economia mista e empresas públicas privadas exploradas de atividade econômica, submetidas ao regime jurídico previsto na CLT (art. 173, §1º, II, da Constituição Federal) não há que se falar em livre uso da terceirização, haja vista continuarem submetidas à obrigatoriedade de concurso público.

A terceirização de atividades fim pela administração pública parece ser algo extremamente gravoso pois, em muitos casos, é preciso que o servidor ou agente público esteja subordinado diretamente à entidade empregadora, o que não ocorreria no caso da terceirização, já que ele estaria juridicamente subordinado a outro empregador, e para consecução das finalidades públicas e melhor desdobramento da prestação de serviços, talvez ainda seja melhor uma relação direta entre o servidor público e o ente ao qual ele presta serviços.

É fato notório que a atividade de prestação de serviços públicos requer algumas garantias para que tais serviços sejam prestados satisfatoriamente; ao terceirizar tais postos de trabalho iria se criar uma insegurança ou incerteza por parte do contratado para exercer, por exemplo, atos atinentes ao poder de polícia: um terceirizado sem as devidas garantias não teria a independência e imparcialidade necessária para exercer seu mister de forma aceitável.

Outro ponto extremamente sensível é a possibilidade do retorno das nefastas práticas de nepotismo no âmbito do poder público. Resguardadas as carreiras de Estado, que detém a exigência constitucional de realização de concursos públicos, a ampla possibilidade de terceirização na Administração Pública vai proporcionar a oportunidade das chamadas “empresas de fachadas” em que um político abre uma pretensa empresa terceirizada, e o órgão público pelo qual desempenha suas funções contrata seus parentes a seu livre talante.

Corroborando deste entendimento, discorre Bárbara Lobo, Regiane da Silva (2017):

Vem de longa data, na Administração Pública, a utilização da máquina pública pela classe política para obtenção de benefícios pessoais, para familiares e amigos, valendo-se da terceirização trabalhista, instrumentalizada pela realização de licitações para contratação de empresas inidôneas, inadimplentes e fraudulentas para o fornecimento de mão de obra, possuindo as empresas vencedoras algum vínculo com membros da classe política (ou os beneficiando financeiramente); tornando-se, desse modo, meio de enriquecimento ilícito em detrimento da qualidade e isenção dos serviços prestados, bem como dos direitos dos trabalhadores contratados. Desta forma, além de todos os problemas relacionados à terceirização trabalhista analisada de forma genérica, quais sejam, precarização dos direitos trabalhistas, insegurança dos trabalhadores em desrespeito ao princípio da continuidade de emprego, exposição da saúde e integridade dos trabalhadores, desmantelamento das categorias para pleitear direitos etc..., no âmbito da Administração Pública, a terceirização facilita a prática de corrupção pelos desvios de verbas públicas na realização de licitações e contratações das empresas encarregadas pelo fornecimento da mão de obra a órgãos públicos, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas

Assim, além das barreiras e discussões legais, ainda é preciso que se observe se a terceirização no âmbito da administração pública, no que concerne à suas atividades-fim, seria algo que traria mais benefícios do que prejuízos à própria administração e à finalidade pública.

Não se trata apenas de um aumento da eficiência ou da economicidade para o ente público, a aplicação de tal instituto nos moldes atuais para a Administração Pública pode ser algo que reverbera especialmente na qualidade e segurança do serviço, pois aceitar a possibilidade de terceirização na administração pública seria, por consequência, afastar as garantias destinadas aos servidores públicos detentores de cargo efetivo e vesti-los com a nova roupagem do terceirizado e submetido à CLT.

5. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760931 E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

5.1 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760931 E A QUESTÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO

Em conformidade com o decidido na ADC 16 pelo STF, a responsabilização por parte da Administração Pública pelas verbas trabalhistas não adimplidas pelo prestador de serviços passou a ser subjetiva. Ficou estabelecido desta maneira que caberia aos magistrados trabalhistas bem como aos tribunais regionais do trabalho verificar na análise do caso concreto, se houve ou não a fiscalização por parte do poder público nos contratos por ele assumido.

Entretanto, mesmo com tal decisão, a justiça do trabalho continuava partindo da premissa de culpa presumida por parte do poder público, ou seja, todas as vezes que o empregado não tinha suas obrigações trabalhistas adimplidas pelo prestador de serviços, estaria configurada a culpa *in vigilando* por parte da Administração Pública.

A ADC 16 serviu apenas para se modificar a justificativa por parte dos magistrados e tribunais trabalhistas em condenar a Administração Pública de maneira subsidiária. O uso indiscriminado por parte dos juízes laborais da alusão genérica à culpa *in vigilando*, violava

frontalmente o quanto decidido pelo STF na ADC 16, que determinou que se aferisse em cada caso, na análise fático-probatória, a fiscalização efetiva prestada pelo poder público.

A União então, insatisfeita com a interpretação concedida pelo judiciário trabalhista, alegando o descumprimento da ADC 16, ajuizou diversas reclamações e finalmente conseguiu levar o tema novamente a apreciação diante do STF. Nas palavras do Ministro Edson Fachin no julgamento do Recurso Extraordinário (2017, p. 179):

As razões do recurso extraordinário fundam-se na afronta aos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 97 da Constituição Federal, bem como em contrariedade à Súmula Vinculante 10 do STF, sustentando que o afastamento do comando expresso e inequívoco do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, no sentido da impossibilidade de transferência de responsabilidade para a administração pública, contraria a própria jurisprudência da Corte firmada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16.

O Recurso Extraordinário 760931 teve o intuito de se abolir de uma vez por todas o conceito de culpa presumida por parte do poder público que vinha se solidificando nos tribunais trabalhistas, apesar da decisão em sentido contrário com caráter vinculante e efeito *erga omnes* na ADC 16.

Entretanto, um ponto de extrema relevância foi suscitado no próprio julgamento do RE 760931: o encargo probatório acerca da culpa *in vigilando*. A quem caberia o ônus da prova se a Administração Pública de fato fiscalizou ou não os contratos.

Desta maneira, a discussão relativa ao *ônus probandi* se tornou o principal tema e fontes de maiores controversas no RE 760931. Independentemente das razões primitivas que deram ensejo ao presente Recurso, já especificadas no presente tópico, a controvérsia a respeito de quem seria o ônus de comprovar a falta de fiscalização tornou-se o ponto nevrálgico do mesmo, com posterior decisão por parte do STF.

A corte debateu se o ônus probatório recairia sobre o empregado, que seria o reclamante numa possível ação, ou se tal ônus iria recair sobre a própria Administração, que teria que comprovar se fiscalizou e realizou todos os procedimentos e tomou todas as cautelas necessárias para evitar qualquer fortuito decorrente do inadimplemento dessas empresas contratadas.

A ministra relatora desse recurso extraordinário, Min. Rosa Weber, atacou tal ponto e fez importantes observações acerca da matéria em estudo; malgrado seu voto tenha sido voto

vencido, é de extrema importância trazer algumas passagens para que se faça uma análise mais detida como se propõe este trabalho.

A ministra (2017 P.117) começa afirmando que “a presunção de legitimidade dos atos administrativos não afasta o encargo probatório em que couber à administração a guarda de determinados documentos – como os relacionados ao cumprimento dos deveres legais”.

Tal conclusão parte da lógica de que como a própria Administração é a encarregada pela realização do certame licitatório que irá culminar com a contratação da empresa, e, tal procedimento é cercado de formalidades que garantem uma contratação segura, ela mesma teria todos os meios e aparatos capazes de verificar a ocorrência de qualquer falha em relação à empresa prestadora de serviços.

Destarte, o ente público contratante teria em mãos todos os documentos e comprovantes da lisura e da viabilidade da empresa, e, portanto, ela teria uma vantagem com relação à outra parte que não tem acesso tão facilmente a esse tipo de documentação.

Seguindo ainda a análise do voto da Min. Rosa Weber (2017 p. 121) acerca do ônus probatório, a ministra assevera que:

...sob esse viés, o Estado não é condenado automaticamente ou de forma objetiva. A adoção da culpa presumida, situada dentro da responsabilidade subjetiva, possibilita ao ente público – detentor dos meios probatórios – demonstrar o cumprimento do dever legal, a inexistência de negligência, imperícia ou imprudência e, mais especificamente, em situações como a dos autos, demonstrar “que não teve culpa [...], que não desatendeu às prescrições existentes”, no caso, aquelas constantes do artigo 67 da Lei 8.666/93, entre outras. Logo, apenas se pode exaltar o efeito exonerador do art. 71 dessa Lei se cumpridas as obrigações previstas nessa Lei, especialmente em seu art. 67, detalhadas e renovadas na Instrução Normativa nº 2/2008 do MPOG.

Importante ponto trazido pela Ministra, corroborando o que foi decidido na ADC 16, foi que o Estado não é condenado automaticamente, é preciso demonstração peremptória de culpa por parte do Ente público na fiscalização do contrato; ou seja, é essencial o interessado demonstrar que a administração pública de forma negligente não tenha fiscalizado o contrato a contento, ou, de forma desidiosa, não verificou se as balizas que norteiam o cumprimento correto do contrato foram cumpridas.

Interpretando de forma teleológica o voto, é preciso que se busquem os fins de tal medida, quais sejam: não responsabilizar o Estado automaticamente por uma falha da empresa

contratada, nem deixar todo o ônus probatório nas mãos do Ente contratante, por isso o voto assume que tal conduta deverá ser provada nos autos do processo.

Por outro lado, de forma acertada, afirma que o contratado, o empregado, sendo nesta relação o hipossuficiente, não dispõe das condições nem as ferramentas necessárias para alcançar tal finalidade; talvez seja muito dispendioso para o empregado buscar formas de comprovar que o Ente público não cumpriu seu dever de fiscalização.

É muito difícil para o obreiro conseguir elementos capazes de demonstrar na prática que houve essa falha, que, por tal motivo, é o Ente que deveria ser obrigado a comprovar que não houve erro na condução do contrato, como por exemplo, numa inversão do ônus probatório imposta pelo juiz no processo. Nesse sentido, a própria Min expõe em seu voto que (2017 p.141):

É inequivocamente desproporcional impor aos terceirizados o dever probatório quanto ao descumprimento da aludida fiscalização por parte da Administração Pública. Reforça, por fim, a compreensão quanto ao dever probatório da Administração Pública, em situações como a debatida, a técnica processual da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual, fundamentada nos princípios da igualdade, aptidão para a prova e cooperação, surge em contraposição ao ônus estático da prova (art. 818 da CLT e art. 333 do já revogado CPC de 1973) e tem por diretriz a efetiva capacidade probatória de cada parte, antídoto para a chamada “prova diabólica”. Decorre, tal técnica, do caráter publicista da jurisdição e da necessidade de equilíbrio na relação processual, entre outros.

Embora a relatora tenha sido voto vencido, tal entendimento é de suma importância, pois traz uma visão mais garantidora para o trabalhador, uma vez que ele é o elo fragilizado dessa relação e possui muito mais dificuldades para conseguir produzir tais provas contra o Estado que é o contratante da empresa e o beneficiário final do trabalho. É certo que não pode haver uma responsabilização automática e de inopino em desfavor do Ente, mas transferir esse ônus para o empregado parece ser algo desmedido e uma tentativa de retirar por completo a possibilidade de o próprio Estado, que tem todos os meios à sua disposição, de responder por um erro na fiscalização do seu contratado.

Nesse mesmo sentido, afirmou o Min. Roberto Barroso em seu voto no RE em análise (2017 p. 205):

Compete à Administração comprovar que houve adequada fiscalização. O dever de fiscalização da Administração acerca do cumprimento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas constitui obrigação de meio, e não de resultado, e pode

ser realizado através de fiscalização por amostragem, estruturada pelo próprio ente público, com apoio técnico de órgão de controle externo, caso em que gozará de presunção *juris tantum* de razoabilidade.

Apesar de seguir o voto da Relatora e adotar posicionamento similar ao dela, o Min. Barroso também foi voto vencido. Contudo, importante ponto ventilado em seu voto, o ministro afirma que compete à administração a realização da comprovação da adequada fiscalização, uma vez que o ente público teria mais condições e possibilidades técnicas de fazer tal controle, coadunando tal entendimento com o voto proferido pela relatora.

Importante ponderação trazida pelo Min. Barroso, digna de observação no presente trabalho, diz respeito à casuística da responsabilização subsidiária da Administração pública em caso de inadimplemento de verbas trabalhistas por parte da empresa contratada; em suas palavras, o Ministro do Pretório Excelso afirma que (2017 p. 205):

Não é válida a responsabilização subsidiária da Administração Pública: (i) com afirmação genérica de culpa *in vigilando*, sem indicar, com rigor e precisão, os fatos e as circunstâncias que configuram a sua culpa *in vigilando* ou (ii) se for comprovada, pela Administração, a realização de fiscalização por amostragem e a adoção das medidas mitigadoras antes indicadas

Tal linha de raciocínio indica a seguinte conclusão lógica: a Administração Pública não será responsabilizada subsidiariamente caso haja uma afirmação genérica de culpa *in vigilando* ou caso a própria Administração comprove a realização de fiscalização e de mitigação das possibilidades de inadimplemento pela contratada.

Fica claro nesta passagem, mais uma vez, que os votos dos ministros são coesos no sentido da não responsabilização automática do Ente público em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas por parte das empresas contratadas, é preciso que haja uma comprovação robusta do fato imputado.

O voto do Ministro Barroso, malgrado vencido, neste ponto se harmoniza com o voto vencedor que será visto mais adiante, que consolidou o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido da não responsabilização automática da Administração Pública pelo inadimplemento das verbas trabalhistas, sendo necessário, portanto, uma comprovação por parte do empregado, adotando uma interpretação a *contrario sensu*, já que o Ministro indica que não pode haver a responsabilização através de uma afirmação genérica e somente se houver uma comprovação das circunstâncias que configurariam a culpa *in vigilando* por parte

do Estado, que nesse caso, recairia sobre o empregado que estaria tentando responsabilizar o Ente Público a honrar com os compromissos da empresa que não foram cumpridos.

Seguindo a análise do recurso extraordinário 760.931, podemos fazer a análise do voto vencedor, que se coaduna parcialmente com o que fora dito acima, contudo, aborda a questão do ônus probatório de forma diversa dos votos vencidos, imputando ao empregado o dever de comprovação do alegado, como se verá adiante.

Pois bem, para melhor compreensão sobre a temática sobre a qual paira a dúvida e discussão, far-se-á um apanhado de como se encontrava o panorama geral durante as votações do estudado recurso: a relatora Ministra Rosa Weber fincou o entendimento de que o ônus de comprovar a fiscalização dos contratos iria recair sobre o Estado; já de outra banda, estabeleceu-se o entendimento de que a Administração Pública não poderia responder por verbas trabalhistas de terceiros a partir de qualquer tipo de presunção, apenas caso haja prova inequívoca e elementos concretos de que houve falha de fiscalização por parte do Ente.

Desta forma, vencida a análise sobre o entendimento da Relatora, é preciso também analisar os aspectos mais importantes do voto antagônico que se sagrou vencedor ao final das votações. O Ministro Alexandre de Moraes afirma que (2017 p. 324):

Não me parece que seja automaticamente dedutível, da conclusão deste julgamento, um dever estatal de fiscalização do pagamento de toda e qualquer parcela, rubrica por rubrica, verba por verba, devida aos trabalhadores. O que pode induzir à responsabilização do Poder Público é a comprovação de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; ou seja, a necessidade de prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador.

Percebe-se que o voto segue a linha de raciocínio de que o Estado somente seria responsável em determinadas ocasiões e se forem robustamente comprovadas, se aliando à tese contrária à da Ministra relatora; Para o Min. Alexandre de Moraes é preciso que haja de fato uma comprovação e que esta seja feita por quem alega ser detentor do direito, não sendo o mero inadimplemento capaz de fazer com que o estado arque com esse ônus.

Nesse caso, restou vencida a seguinte tese, levantada pela Ministra Carmem Lúcia (2017 p.324):

Ante a ausência de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado

peremptoriamente no processo tal circunstância, subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem seus quadros

Nesse diapasão, o voto do Min. Alexandre de Moraes reafirma o distanciamento da tese apresentada acima e reforça a tese de que a administração pública não responda por verbas trabalhistas de empresas contratadas de forma automática ou sob qualquer tipo de alegação de não pagamento dessas verbas por parte da terceirizada, mas tão somente se admitindo que isso ocorra em casos em que a condenação esteja fundada inequivocadamente em elementos concretos de prova de que houve falha na fiscalização do contrato.

Segue aduzindo o supramencionado ministro, que também tal entendimento serve para evitar os riscos de desestímulo à colaboração das empresas privadas com o setor público, uma vez que a inversão do ônus da prova em favor do trabalhador iria gerar uma insegurança e um ônus econômico para a administração pública que iria arcar sempre com tal atividade probatória.

Finaliza seu voto fazendo um apanhado dos argumentos que eliminariam a responsabilidade subsidiária da administração pública no caso concreto, afirmando (2017 p.324):

O caso concreto não tem elementos suficientes para permitir a caracterização dessa responsabilidade. Não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; não há prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador.

Dessa forma, para o ministro, não haveria a responsabilidade subsidiária do Ente tomador do serviço, uma vez que não estão presentes tais requisitos e que, portanto, se afastaria essa responsabilidade subsidiária.

Tal entendimento reforça o ideal de restringir que a administração responda por esses encargos de forma automática, mas que não fique completamente irresponsável e alheia a qualquer tipo de responsabilidade, o que se definiu foi a forma como seria imputada tal responsabilidade, tentou se encontrar uma maneira de colocar uma barreira para a irrestrita responsabilização para um novo patamar de dificuldade para imputação dessa responsabilidade, que ela fosse feita de forma mais concreta e evidente.

Ao fim do julgamento, nas deliberações finais sobre o fechamento da tese, a relatora Min. Rosa Weber (2017 p.337) também é enfática ao falar sobre o entendimento dela sobre o julgamento, afirmando que “... pelo que entendi, foi no sentido de que o ônus da prova é sempre do reclamante e que se exige prova robusta nessa linha.” Reafirmando o entendimento da tese vencedora e o que vinha se discutindo no decorrer do julgamento do presente recurso que ora se analisa.

Ainda nas deliberações finais, o Min. Roberto Barroso afirma que (2017 p.339): “o que nós decidimos é que não há responsabilização de forma automática, mas, demonstrada não de forma genérica, porém de forma cabal e específica a culpa, aí sim, pode ser caracterizada”.

Novamente demonstrando que existe sim uma possibilidade de responsabilidade por parte da administração pública, que ela não está completamente alheia e a parte dessa relação, que precisa haver um grau de zelo e fiscalização para que não haja essa responsabilização e quem vai demonstrar que isso não ocorreu seria o empregado reclamante numa possível ação trabalhista que viesse a propor, como também deixou claro o Min. Ricardo Lewandowski afirmando que (2017 p.340) “... se a culpa da Administração ficar inequivocadamente comprovada, ela tem que responder. Eu acho que é isso que resultou dos debates.”.

Por fim, ficou definida como tese a redação proposta pelo Min. Luiz Fux, que cristalizou toda a discussão proposta acima e fixou o entendimento do Supremo Tribunal Federal (2017 p.345):

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.

Nota-se que o verbete final do RE 760931 não trouxe à tona a problemática envolvendo o encargo probatório. Por meio da leitura minuciosa do inteiro teor do acórdão e várias decisões em reclamações constitucionais posteriores que se firmou o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que cabia ao reclamado o *ônus probandi* de que a administração pública não fiscalizou a execução do contrato. A guisa do que já havia acontecido na ADC 16, a falta de uma posição concreta e cristalina da excelsa Corte dificulta a correta aplicação do

quanto decidido no acórdão, gerando uma grande insegurança jurídica e decisões conflitantes nos tribunais trabalhistas bem como no próprio TST, como se analisará a seguir neste trabalho.

5.2. PANORMA JURISPRUDENCIAL DO TST ACERCA DO *ONUS PROBANDI* DECIDIDO NO RE 760931

Apesar do STF ter se decidido no RE 760931 no que diz respeito à distribuição do ônus da prova nas terceirizações envolvendo a Administração Pública, permanecia a dúvida sobre sua aplicabilidade de fato na justiça trabalhista. Isto porque em algumas situações práticas, os tribunais laboristas não seguem o entendimento de outros tribunais da denominada “justiça comum”, seguindo um posicionamento próprio, com argumentos e teses específicos a justiça do trabalho.

O caso mais notório existente é a prescrição intercorrente, que, até o advento da reforma trabalhista, não obstante a existência de uma Súmula do STF, a justiça laboral não compartilhava do mesmo entendimento, seguindo uma outra linha, possuindo inclusive uma Súmula própria em sentido diametralmente oposto ao estabelecido pela Suprema Corte.

E de fato seguiu-se esta linha de discordância de entendimento entre as Cortes. Mesmo após o STF determinar no RE760931, e diversas reclamações posteriores ratificarem que o ônus probatório da ausência de fiscalização configurador da culpa *in vigilando* cabia ao empregado, os tribunais trabalhistas e o TST, em algumas de suas turmas, insistem em não seguir o verbete fixado no presente recurso.

O que se vê ultimamente nas decisões da instância máxima da justiça trabalhista é uma heterogeneidade decisória, com algumas de suas turmas decidindo de maneira dissemelhante, aumentando vertiginosamente a insegurança jurídica acerca de um tema de vital importância para o Direito do Trabalho.

Em uma primeira linha, temos as 3ª, 4ª, 5ª e 6ª Turmas do TST que vêm seguindo a tese firmada no RE 760931, ratificando que cabe ao empregado o ônus de se provar a falta de fiscalização por parte do poder público. Segue abaixo exemplos de recentes decisões das Turmas referidas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos 13.015/2014 E 13.105/2015 - PROVIMENTO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A potencial violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 encoraja o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Diante da salvaguarda inscrita no art. 71 da Lei nº 8.666/1993, a responsabilidade subjetiva e subsidiária da Administração Pública Direta ou Indireta encontra lastro em caracterizadas ação ou omissão culposa na fiscalização e adoção de medidas preventivas ou sancionatórias ao inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas prestadoras de serviços contratadas (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/1993). **Nos termos da decisão proferida pelo excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 760.931, com repercussão geral, o ônus de provar a ausência de fiscalização da execução do contrato pertence ao trabalhador. Assim, tendo em vista a decisão do STF e diante da inexistência de elementos que demonstrem a culpa "in vigilando", não se cogita de responsabilidade subsidiária do ente público.** (grifo nosso) Recurso de revista conhecido e provido.” (RR - 11290-91.2014.5.01.0026 , Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 11/10/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/10/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DA CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. ART. 818 DA CLT. VIOLAÇÃO. Constatada a violação do art. 818 da CLT, merece ser processado o Recurso de Revista. Agravo de Instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DA CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. ART. 818 DA CLT. Nos termos do acórdão regional, foi atribuída ao ente público, tomador de serviços, a responsabilidade subsidiária pelo adimplemento das obrigações trabalhistas devidas pela empresa prestadora de serviços, com fundamento no fato de que ele, a quem incumbiria o ônus da prova, por força do princípio da aptidão para a prova, não logrou demonstrar a efetiva fiscalização do contrato firmado com a prestadora. **Diante do entendimento firmado pelo STF quando do julgamento do RE 760.931/DF (publicado no DJE de 12/9/17), não pode ser transferido à Administração Pública o ônus do fato constitutivo do direito do trabalhador, ou seja, caberá ao Autor comprovar que o ente público foi omisso no seu dever de fiscalização, sob pena de se lhe obstar a atribuição de responsabilidade subsidiária.** (grifo nosso) Recurso de Revista conhecido e provido. (RR - 11235-28.2015.5.01.0052 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 02/08/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/08/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDUTA CULPOSA. ÔNUS DA PROVA. O Tribunal Regional condenou subsidiariamente o segundo Reclamado ao pagamento dos créditos trabalhistas, considerando que competia ao Ente Público o ônus probatório quanto à efetiva fiscalização do contrato de terceirização celebrado. Demonstrada possível violação do artigo 818 da CLT. Agravo de instrumento provido. II. RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.015/2014. 1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDUTA CULPOSA. ÔNUS DA PROVA. Ao julgar a ADC 16/DF e proclamar a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, a Suprema Corte não afastou a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária aos

entes da Administração Pública, por dívidas trabalhistas mantidas por empresas de terceirização por eles contratadas, desde que configurada conduta culposa, por omissão ou negligência, no acompanhamento da execução dos contratos de terceirização celebrados, nos moldes da Súmula 331, V, do TST. Mais recentemente, ao julgar o RE 760931, em 30/3/2017, o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, consolidou a tese jurídica no sentido de que "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". A tese jurídica consagrada pela Excelsa Corte em nada difere da compreensão desta Corte, inscrita no item V da Súmula 331, o qual dispõe que "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.". Cumpre ressaltar, todavia, que, na sessão do dia 26/4/2017, após o julgamento do referido RE 760931, ressaltou a Excelentíssima Ministra Carmem Lúcia, no debate travado com os demais Ministros, que "Ante a ausência de prova taxativa de nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância, subsiste o ato administrativo; e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem os seus quadros", concluindo, ao final, que "Salvo comprovação cabal da culpa da Administração Pública contratante, exime-se a Entidade Pública de responsabilidade por obrigações trabalhistas dos empregados das entidades contratadas". Ainda no curso do debate, ponderou a Excelentíssima Ministra Rosa Weber que "o ônus da prova é sempre do reclamante", exigindo-se prova robusta nessa linha. A partir da análise dos fundamentos lançados no debate travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal é possível concluir ser permitida a responsabilização do Ente da Administração Pública, em caráter excepcional, desde que robustamente comprovada sua conduta culposa, não se cogitando de responsabilidade objetiva ou de transferência automática da responsabilidade pela quitação dos haveres em razão do simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. **Ademais, tem-se que compete ao Autor da ação o ônus probatório quanto à conduta culposa do tomador de serviços.** No caso dos autos, o Tribunal Regional destacou que competia ao Ente Público provar que fiscalizou a execução do contrato de prestação de serviços, concluindo, diante do contexto de ausência de provas, configurada a culpa in vigilando do tomador. Nesse cenário, diante da equivocada distribuição do ônus da prova, resta violado o artigo 818 da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (grifo nosso) (RR - 11202-96.2014.5.01.0044 , Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 16/05/2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/05/2018)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO do MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. REQUISITOS DO ARTIGO 896, § 1º - A, DA CLT, ATENDIDOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331 DO TST. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. MÁ APLICAÇÃO. Agravo de instrumento provido ante possível violação, por má aplicação, do artigo 71, caput e § 1º, da Lei 8.666/93. RECURSO DE REVISTA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. APELO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. REQUISITOS DO ARTIGO 896, § 1º - A, DA CLT, ATENDIDOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ÔNUS DA PROVA. CULPA IN VIGILANDO. **A6ª Turma do TST decidiu seguir o teor de decisões monocráticas do STF, as quais têm afirmado ser da reclamante o ônus da prova acerca da efetiva fiscalização na execução do contrato de terceirização de mão de obra por integrante da Administração Pública.** Considerando que, no caso em

exame, a ausência de fiscalização decorreu unicamente do entendimento de não satisfação do encargo probatório pela tomadora de serviços, o que contraria o entendimento exarado pela Suprema Corte – ressalvado entendimento contrário do relator -, ficou ausente registro factual específico da culpa in vigilando em que teria incorrido a tomadora de serviços. nesse contexto, não há como manter a responsabilidade subsidiária do ente público contratante. Recurso de Revista conhecido e provido. (grifo nosso)

(TST – RR: 10009501920155020605. Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 09/05/2018, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/05/2018)

Em uma linha intermediária se encontram a 1ª, 2ª e 7ª Turmas, discorrendo em linhas gerais que o STF não se pronunciou de maneira explícita no RE 760931 a respeito do ônus probatório, e que desta maneira a verificação da conduta culposa ou não por parte do poder público deverá ser aferida nas instâncias ordinárias trabalhistas, através da análise do quadro fático – probatório dos autos de acordo com as regras gerais de distribuição do ônus da prova e os elementos de convicção produzidos. Caso não seja demonstrada uma inequívoca conduta culposa por parte da Administração Pública a esta não poderá ser atribuída a responsabilização subsidiária.

As aludidas Turmas também são uníssonas ao proibir a assunção da chamada “culpa presumida”, impedindo a condenação da fazenda pública pelo simples fato da primeira reclamada não ter cumprido com suas obrigações trabalhistas. Seguem abaixo alguns julgados das Turmas supracitadas, a título de exemplificação:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. 1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA IN VIGILANDO CONFIGURADA. Ao julgar a ADC 16/DF e proclamar a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, a Suprema Corte não afastou a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, por dívidas trabalhistas mantidas por empresas de terceirização por eles contratadas, desde que configurada conduta culposa, por omissão ou negligência, no acompanhamento da execução dos contratos de terceirização celebrados, nos moldes da Súmula 331, V, do TST. Para a fixação da responsabilização em causa, portanto, que não deriva do simples inadimplemento dos créditos trabalhistas por parte da empresa contratada, faz-se necessária a comprovação de que a entidade pública praticou ato omissivo ou comissivo, revelador de negligência no dever - e não apenas prerrogativa! - jurídico-constitucional de fiscalizar e acompanhar a execução dos contratos de prestação de serviços celebrados (art. 58 da Lei 8.666/93). Nesse contexto, e não sendo possível o reexame do acervo fático-probatório aos órgãos da jurisdição extraordinária (Súmula 279 do STF e Súmula 126 do TST), **aos juízos naturais de primeiro e segundo graus de jurisdição cabe aferir, concretamente, caso a caso, de acordo com os elementos de convicção produzidos ou segundo as regras de distribuição do ônus probatório correspondente, se houve culpa da entidade pública tomadora, a ensejar a sua responsabilização subsidiária.** Fixada a responsabilidade nesses termos, não se poderá cogitar de transgressão à decisão proferida nos autos da ADC 16/DF, tal como proclamado em decisões proferidas em diversas reclamações e

acórdãos daquela Corte (Rcl 18021 AGR/RS, Relator Ministro Edson Fachin, julgamento em 15/3/2016; Rcl 10.829 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 10/2/2015; Rcl 16.094 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 2/2/2015; Rcl 17.618 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 23/3/2015). Nada obstante, em respeito ao máximo contraditório, deve ser anotado que há decisões monocráticas e colegiadas oriundas da Excelsa Corte, também consagrando orientações distintas, ora afirmando a absoluta impossibilidade de transferência da responsabilidade em questão aos entes da Administração Pública (Rcl 21.898/PE, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 25/4/2016), tese expressamente rechaçada no julgamento da ADC 16/DF, ora assentando a tese fundada no ônus da prova exposta nas instâncias ordinárias, mas sem a indicação de qualquer elemento ou conduta capaz de justificar a culpa da entidade pública, não legítima igualmente a imputação da aludida responsabilidade, por configurada mera presunção da culpa (Ag-Rcl 20.905/RS, Redator Ministro Teori Zavascki, julgamento 30/6/2015). Buscando evidenciar o que seria condenação por simples presunção, decisões monocráticas proferidas em Reclamações a anunciam como efeito do mero inadimplemento dos créditos trabalhistas pela empresa contratada (Rcl 16.846-AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 19/5/2015), ainda quando haja registro produzido pelas instâncias ordinárias, a partir do exame do acervo fático-probatório, relativo à configuração da culpa in eligendo e in vigilando da Administração Pública (Rcl 14.522-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 3/2/2015). Diante desse expressivo dissenso no âmbito da Suprema Corte, a quem cabe ditar em última ratio o sentido e alcance dos preceitos constitucionais, promovendo igualmente a defesa da autoridade e eficácia de seus julgados, o critério a ser adotado pelos demais órgãos do Poder Judiciário para o julgamento de casos similares deve ser o consagrado por seu órgão plenário. Nesse cenário, além de o voto condutor lavrado na ADC 16/DF (que foi agregado por novos motivos durante os debates então travados) consagrar a possibilidade da responsabilização subsidiária da entidade pública, quando, com base nos elementos de prova, for demonstrada a culpa decorrente da omissão ou negligência no exercício adequado do dever de vigiar, é certo que a matéria foi objeto de novo exame plenário no âmbito do STF, por ocasião do julgamento do Ag-Rcl 16.094-ES (Relator o Ministro Celso de Mello, em 19/11/2014). Nesse julgamento, com a presença de nove ministros, restou vencido apenas o Ministro Dias Tóffoli, não participando do julgamento a Ministra Cármen Lúcia (impedida). Portanto, entre os presentes, sete Ministros seguiram o voto condutor, o que configura maioria absoluta, autorizando os demais órgãos do Poder Judiciário a aplicar a diretriz consagrada no julgamento da ADC 16/DF, cujo conteúdo foi explicitado, ainda uma vez mais, pelo Plenário da Excelsa Corte, no julgamento acima referido. No presente caso, o Tribunal Regional registrou que o Agravante não logrou "comprovar a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços. Sinala-se que não há qualquer documento nos autos acerca do contrato emergencial para prestação de serviços apto a elidir a responsabilização subsidiária do ente público, ainda que a contratação tenha obedecido os procedimentos impostos na Lei nº 8.666/93". Dessa forma, ficou demonstrado nos autos que o ente público não logrou comprovar a fiscalização das obrigações contratuais e legais da empresa prestadora, o que configura a culpa in vigilando, a legitimar a imputação da responsabilidade subsidiária combatida. Incidência da Súmula 331, V, do TST. (grifo nosso) (AIRR - 20462-91.2014.5.04.0020 , Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 02/08/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/08/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA PRIMEIRA RECLAMADA - INTERFORT SEGURANÇA DE VALORES LTDA. DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS E AVISO PRÉVIO. MATÉRIA FÁTICA. O debate sobre a valoração da prova efetivamente produzida - ônus objetivo de prova - tende à reavaliação do conjunto probatório dos autos, o que, indubitavelmente, não rende ensejo ao Recurso de Revista, em face de sua natureza extraordinária. Óbice da Súmula n.º 126 desta Corte superior. Agravo de instrumento não provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO SEGUNDO RECLAMADO - BANCO DO BRASIL S.A. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO

PÚBLICA. SÚMULA N.º 331, V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. CONDUTA OMISSIVA. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, publicada no Dje de 09/09/2011, reconheceu a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação que lhe emprestou a Lei n.º 9.032/1995. A Suprema Corte, na ocasião, sufragou tese no sentido de que a mera inadimplência da empresa contratada não justifica a transferência, para a Administração Pública, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos resultantes da relação de emprego havida entre particulares. Ressalvou, todavia, o Supremo Tribunal Federal, que a conduta omissiva da Administração Pública, quanto ao seu poder-dever de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações atribuídas à empresa contratada, rende ensejo ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público. É o que se extrai do voto condutor lavrado pelo Exmo. Ministro Cezar Peluso, segundo o qual o reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo legal em comento "não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa" (fl. 38), sendo certo que "o mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei" (fl. 46 - destaques acrescidos). 2. Nesse exato sentido passou a orientar-se a jurisprudência desta Corte superior, a partir da edição, pelo Tribunal Pleno, da Resolução n.º 174, de 24/05/2011, de que resultou a inserção do item V na Súmula n.º 331, cujo teor é o seguinte: "os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada 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 do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada" (destaques acrescidos). 3. Atente-se, ainda, para o fato de que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar o Tema n.º 246 de Repercussão Geral, nos autos do RE 760.931 (julgamento concluído no dia 30/3/2017 e acórdão publicado em 12/9/2017), fixou a seguinte tese: "o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93". 4. Assim, exsurge clara a conclusão de que, na mesma linha da tese sufragada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, entende o Supremo Tribunal Federal que não há falar em transferência automática à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas decorrentes do contrato mantido entre a empresa prestadora de serviços e seus empregados. 5. Num tal contexto, resulta incensurável **a decisão proferida pelo egrégio Tribunal Regional, que, examinando a situação concreta dos autos, constatou a omissão da Administração Pública quanto ao poder-dever de fiscalizar o cumprimento, pela contratada, das obrigações legais que lhe incumbiam**. Correta, no caso, a imposição ao ente público da obrigação de arcar, de forma subsidiária, com o pagamento dos créditos trabalhistas reconhecidos ao obreiro. 6. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (grifo nosso) (AIRR - 354-35.2015.5.06.0413 , Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 13/12/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/12/2017)

RECURSO REGIDO PELO CPC/2015 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40/2016 DO TST. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16-DF. TEMA Nº 246 DO STF. TESE DE REPERCUSSÃO GERAL. VEDAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA AUTOMÁTICA DE RESPONSABILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXAURIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA NAS

INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MATÉRIA NÃO COGNOSCÍVEL EM RECURSO DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF, em debate representativo do Tema nº 246 de repercussão geral reconhecida, os Ministros da Suprema Corte reafirmaram a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, conforme já declarado no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, consignando que somente a demonstração efetiva de um comportamento culposo específico, com prova cabal do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública e o dano sofrido pelo trabalhador permitirá responsabilização do Poder Público, tomador dos serviços de trabalhadores terceirizados. Na ocasião, por maioria de votos (vencidos os Ministros Rosa Weber, Relatora original, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso e Edson Fachin) e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, Redator do acórdão, fixou-se a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". **Embora da leitura da redação da referida tese não se possa extrair o entendimento majoritário da Corte Suprema acerca da crucial questão controversa sobre a quem caberia o ônus da prova** relacionada ao comportamento culposo da Administração Pública na fiscalização dos serviços terceirizados, extrai-se dos votos proferidos por ocasião da última sessão de julgamento em que se deliberou sobre a matéria que deve haver, como **premissa necessária à condenação subsidiária da Administração Pública por ausência de fiscalização nas contratações terceirizadas, o enfrentamento do caso concreto pelo Tribunal Regional do Trabalho, Corte soberana na análise do acervo fático-probatório, com manifestação expressa sobre a existência específica e demonstração de culpa da Administração Pública.** Certo que a responsabilidade da Administração Pública, em razão da inadimplência da empresa contratada, não pode ser automática, nos exatos termos da Súmula nº 331, item V, do TST, de seguinte teor: "a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada". Se a mera inadimplência da prestadora de serviços não caracteriza, por si só, culpa da Administração Pública e se o Tribunal Regional do Trabalho é a última instância apta a analisar e a valorar a prova a esse respeito (Súmulas nºs 279 do Supremo Tribunal Federal e 126 do Tribunal Superior do Trabalho, a contrario sensu), como bem **acentuado pelos Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux na Suprema Corte, ao votarem no sentido da corrente vencedora, a responsabilização do ente público em tais casos depende do registro expresso e específico da existência de sua culpa omissiva após a análise da instância regional do quadro fático-probatório dos autos**, matéria não sujeita a reexame pelas instâncias extraordinárias. In casu, o Regional expressamente registrou: "Porém, não fez constar dos autos, qualquer documento que comprovasse a efetiva fiscalização do contrato em relação a regularidade do cumprimento das obrigações da contratada com seus empregados, caindo por terra a alegada conduta fiscalizatória. Se o tivesse feito de forma efetiva, conforme alega, haveria constatado que não foram adimplidas as verbas referidas na sentença, bem como, das outras ações acima citadas. Destarte, cabia ao DETRAN apresentar as provas concludentes de que cumprira as aludidas obrigações previstas em lei, mormente a efetiva fiscalização e exigência do implemento pela primeira reclamada de suas obrigações resultantes dos contratos de trabalho de seus empregados, o que, todavia, não diligenciou. A propósito, esse ônus probatório lhe incumbia, seja em razão de possuir melhores condições de fazê-lo, seja ainda porque se trata de fato impeditivo da pretensão do autor" (grifou-se e destacou-se). No caso dos autos, o Regional consignou que o ente público não demonstrou a comprovação da fiscalização eficaz do contrato, ao ponto de não haver inadimplência da empresa prestadora de serviços, caracterizada assim a culpa in vigilando. Assim, não havendo registro, pelo Regional, de subsídios fáticos que permitam concluir pela existência de conduta culposa do ente público, exclui-se a responsabilidade subsidiária. Recurso de revista conhecido e provido. (grifo nosso) (RR - 1281-35.2016.5.14.0092 , Relator

Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 26/06/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/06/2018)

E por fim, numa corrente totalmente antagônica ao quanto decidido pelo STF, a 8ª Turma determina que o ônus da prova cabe ao poder público elencando uma série de motivos para ratificar sua decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E DO NCPC - INTEMPESTIVIDADE - ÓBICE AFASTADO Ultrapassado o obstáculo apontado pelo despacho denegatório. Aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 282 da SBDI-1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TST - ÔNUS DA PROVA - JUROS DE MORA 1. O acórdão regional está em harmonia com o entendimento firmado na Súmula nº 331, item V, do TST, uma vez que a responsabilização subsidiária do ente público decorreu do reconhecimento de conduta culposa na fiscalização da empresa prestadora. 2. **Compete à Administração Pública o ônus da prova quanto à fiscalização**, considerando que: (i) a existência de fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante; (ii) a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93) e (iii) não se pode exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou que apresente documentos aos quais não tenha acesso, em atenção ao princípio da aptidão para a prova. Julgados. 3. O E. STF, ao julgar o Tema nº 246 de Repercussão Geral - responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço, RE 760931 -, não fixou tese específica sobre a distribuição do ônus da prova pertinente à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas. 4. A Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da empregadora principal, não se beneficia da limitação dos juros, prevista no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97. Orientação Jurisprudencial nº 382 da SBDI-1. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (grifo nosso)(AIRR - 646-35.2017.5.10.0802 , Relatora Ministra: Maria Cristina IrigoyenPeduzzi, Data de Julgamento: 26/06/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/06/2018)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/14 E DO NCPC - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CULPA CARACTERIZADA - SÚMULA Nº 331, V e VI, DO TST 1. O acórdão regional está em harmonia com a jurisprudência consolidada na Súmula nº 331, itens V e VI, do TST, uma vez que a responsabilização subsidiária do ente público decorreu do reconhecimento de conduta culposa na fiscalização do cumprimento do contrato. Além disso, abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. 2. **Compete à Administração Pública o ônus da prova quanto à fiscalização**, considerando que: (i) a existência de fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Reclamante; (ii) a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93); e (iii) não se pode exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou que apresente documentos aos quais não tenha acesso, em atenção ao princípio da aptidão para a prova. Julgados. 3. O E. STF, ao julgar o Tema nº 246 de Repercussão Geral - responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço, RE 760931 -, não fixou tese específica sobre a distribuição do ônus da prova pertinente à fiscalização do

cumprimento das obrigações trabalhistas. Recurso de Revista não conhecido. (grifo nosso) (RR - 269-44.2014.5.15.0054, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 26/06/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/06/2018)

Em síntese, as oito Turmas do TST não possuem um entendimento padronizado, gerando não somente insegurança jurídica mas também desconfiança quanto à própria autoridade do Tribunal Superior do Trabalho em relação às ações ajuizadas sobre sua competência, um fator inadmissível àquele Tribunal que deveria ser a fonte de certeza e garantia das normas e preceitos jurídicos.

O consequencialismo judicial se apresenta como uma ferramenta substancial para o balizamento das decisões no ordenamento jurídico, sendo dever de todos os magistrados e tribunais empenhar-se por sua constante observância, em especial nos denominados *hard cases*. É de interesse da sociedade como um todo que as decisões jurídicas, e em especial as de última instância, sejam iguais para casos iguais, consagrando a força do direito para solução dos conflitos existentes.

5.3. REFLEXÕES CRÍTICAS E OS IMPACTOS DO RE 760931 NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Percebe-se que a decisão trazida pelo RE 760931, com ênfase em especial ao encargo probatório, trouxe grandes impactos e repercussões para a Administração Pública como um todo. É fato notório e recorrente a grande quantidade de ações trabalhistas propostas por terceirizados de empresas prestadoras de serviços contra a administração pública, buscando a satisfação de seus créditos trabalhistas que não foram honrados pelas empresas contratadas.

O primeiro grande impacto de tal decisão seria uma diminuição das ações desse cunho contra a administração; seria muito mais difícil para um empregado reunir material probatório suficiente capaz de comprovar o quanto alegado e provar cabalmente uma deficiência sistêmica ou uma falha por parte da fiscalização da administração pública com os contratos celebrados com as empresas que são terceirizadas, cabendo a este a prova de que o poder público não fiscalizou corretamente os contratos.

Outro grande impacto que pode advir desse entendimento do pretório excelso, é o fato de que a administração poderá economizar mais e não sofrer com condenações dessa estirpe,

o que preservaria o orçamento e o planejamento. Nesta esteira o limite prudencial pré-estipulado pelo poder público e ensejador e garantidor da correta aplicabilidade do princípio da eficiência poderia ser ampliado e, desta maneira, aumentar o nível gerencial e organizacional da administração pública no exercício de suas funções cotidianas.

Contudo, também há o lado negativo desse entendimento, não se pode apenas querer eliminar o problema de uma das partes e não observar o outro lado. A administração é a contratante responsável pela empresa e pela licitação daquela empresa, é o Ente público que realiza o pagamento e a supervisão da companhia terceirizadora; não aparenta justeza que todo o ônus de provar a má fiscalização recaia sobre o trabalhador que não tem as mesmas condições de fiscalização do que o Ente público.

Na realidade o que se fez foi alijar por completo a possibilidade de defesa e de acesso amplo e irrestrito à justiça por parte do trabalhador; não há como um empregado reunir provas de tamanha robustez para comprovar de forma cabal e inequivocadamente que o Estado deixou de realizar sua função fiscalizadora em relação ao contrato ou que fez tudo ao seu alcance para evitar o inadimplemento por parte da empresa contratada.

Desta maneira dever-se-ia ter dado mais ênfase na questão fiscalizatória dos contratos por parte do ente público ao invés de transferir tal ônus para o empregado que é a parte frágil da relação e não possui as mesmas capacidades que a administração pública, tornando-se uma tarefa claramente inviável.

O que se vê é que a decisão do supracitado recurso deixou a Administração Pública em uma situação extremamente confortável, ao passo que, ao se utilizar da terceirização, se desvincula de qualquer relação empregatícia com os terceirizados que prestam serviço em suas dependências, e, nem sequer é responsável pela prova que de fato fiscalizou o contrato, almejando desta maneira, no mínimo, que os direitos trabalhistas sejam devidamente adimplidos.

Por fim, é importante que se frise que a despeito da tese do STF ter sido fixada no sentido de não haver responsabilização automática da administração pública em caso de inadimplemento dos encargos trabalhistas por parte da contratada, o Ente tem sim o dever de fiscalizar e poderá sim ser responsabilizado caso fique comprovado que não agiu para impedir que ilegalidades ocorram sob sua supervisão, caso contrário estar-se-ia abrindo espaço para o descaso e irresponsabilidade irrestrita e o Estado como garantidor final da democracia e da

justiça não pode se esquivar dessas responsabilidades e se eximir por completo da tarefa de manter a fiscalização sobre seus contratos.

6. CONCLUSÃO

A terceirização se apresenta como uma realidade no mundo das empresas. Diversas são as vantagens oriundas deste meio de relação empregatícia, dentre as quais podemos enumerar: menor custo para as empresas que contratam estes serviços, haja vista o vínculo empregatício e suas consequências legais serem instituídos com a prestadora de serviços; aumento no foco e um natural crescimento na qualidade dos serviços prestados pela empresa tomadoras de serviços; maior qualidade na eficiência dos serviços prestados por esta empresa, que, ao se utilizar do presente instituto, dá ênfase a suas atividades primordiais, atuando de acordo com a gestão estratégica, focado na atividade gerencial e busca permanente por eficiência.

Nesta senda, a Administração Pública vislumbrou a possibilidade de se utilizar da terceirização com o fito de aumento de sua produtividade. A partir do processo de descentralização de suas atividades, buscou diminuir o arcaísmo histórico de burocratização e lentidão inerente a seus órgãos e prestação de serviços, bem como reduzir a inchada máquina pública, substanciando, desta maneira, princípios balizadores administrativos, em especial os da eficiência e economicidade.

Assim sendo, o presente trabalho destacou o uso da terceirização pela Administração Pública, passando por uma breve evolução histórica e normativa do mesmo, até o chegar ao objeto nuclear deste projeto, que é a recente decisão do Recurso Extraordinário 760931, e o quanto decidido: cabe ao empregado o *onus probandi* que o Poder Público não fiscalizou corretamente seus contratos, incorrendo destarte em culpa *in vigilando*.

O Recurso Extraordinário 760931 do STF, teve como escopo inicial a tentativa de pacificação de um tema conflituoso no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista: a responsabilização dos Entes Estatais pelo inadimplemento das verbas trabalhistas não adimplidas pelas empresas terceirizantes.

Mesmo após a decisão da ADC 16, o que se observava na prática nos tribunais trabalhistas era uma assunção da teoria denominada “culpa presumida”, lastreando-se na premissa de que o simples fato de não cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora, já era uma prova suficientemente necessária para se provar que a Administração Pública incorreu em culpa *in vigilando*.

Em decorrência de tal fato, diversas reclamações constitucionais foram ajuizadas por parte do poder público, provocando e instigando o STF a se pronunciar novamente sobre tempestuoso tema, o que terminou por acontecer através do RE 760931, em que foi ratificado o que anteriormente decidido pela ADC 16: para a Administração Pública incorrer em culpa *in vigilando* era necessário prova robusta de ausência de fiscalização da mesma, através da análise fático-probatório de cada caso concreto.

Entretanto durante o julgamento do mesmo, foi suscitada tese a respeito do *onus probandi*: a quem caberia o ônus de se provar que a Administração Pública de fato fiscalizou seus contratos, e incorreu em culpa *in vigilando*. Desta maneira, o STF em seu pleno, pelo apertado placar de 6x5, decidiu de maneira polêmica que cabia ao empregado provar que o Poder Público não fiscalizou devidamente seus contratos.

Logo, através do presente trabalho se pretendeu fazer uma análise a respeito do acórdão decisório do STF, quais os impactos oriundos do RE 760931 para o instituto da terceirização no âmbito da Administração Pública.

Tal decisão do acórdão foi amplamente questionada e criticada por militantes da seara trabalhista, corroborando a tese aqui defendida que se apresentava extremamente oneroso para o empregado provar que o Ente Estatal não fiscalizou os contratos, por este ser o lado hipossuficiente da relação e conseqüentemente não desfrutar dos meios necessários para alcançar tal fim.

Por último, faz-se um breve diagnóstico de como os tribunais trabalhistas vêm respondendo à tormentosa decisão, chegando-se a preocupante conclusão que este vem decidindo de maneira disforme entre suas Turmas, aumentando ainda mais o clima de insegurança jurídica diante de um tema já tão sensível a críticas e preocupações no universo trabalhista.

REFERÊNCIAS

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

BELMONTE, Pedro Ivo Leão Ribeiro Angra; BELMONTE Viviana R. Moraya Agra. Aspectos jurídicos da Lei n. 6.019/74 – trabalho temporário e terceirização – após a “Lei da Terceirização” (Lei n. 13.429/17) e a ‘Reforma Trabalhista’ (Lei n. 13.467/17). **Revista LTR legislação do trabalho. Publicação mensal de legislação, doutrina e jurisprudência**. São Paulo, LTr, ano 81. Mai. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 05 out.1988. Disponível em: <www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 17 mai. 2018.

_____. **Decreto – Lei nº 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF, em 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em: 16 abr.2018.

_____. **Decreto - Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF, mai 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> acesso em: 14 jul. 2018.

_____. **Lei. 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37 da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 21 de junho de 1993, 172º da Independência e 105º da República. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 16 de abr. 2018.

_____. **Lei. 6019**, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas e dá outras Providências. Brasília, DF, 3 jan. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm>. Acesso em: 16 abr.2018.

_____. **Lei nº 5.645**, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do serviço civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Brasília, 10 de dezembro de 1970; 149º da Independência e 82º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 16 abr.2018.

_____. **Lei nº 7.102**, de 20 de junho de 1983. Dispõe de segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Brasília, 20 de junho de 1983. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/292651.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 16. Distrito Federal. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federa nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. Brasília, DF, nov 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. Súmula Vinculante nº 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte. Aprovada em 18/06/2008. Brasília, DF. Jun 2008 Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=10.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 28 jul. 2018.

_____. Informativo Nº 610. Plenário. ADC e art. 71 §1º, da Lei 8.666/93 – 3. Brasília, 22 a 26 de novembro de 2010. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal, informativo-610-do-stf-2010,29920.html>.> Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. Recurso Extraordinário 760931. Plenário. Terceirização no âmbito da Administração Pública. Súmula 331, IV e V do TST. Brasília, 30 de março de 2017. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>. Acesso em: 26 jun. de 2018.

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

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331.> Acesso em: 16 abr.2018

_____. Súmula 256 (cancelada). Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. Brasília, DEJT, Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256.> Acesso em: 16 abr. 2018

_____. Súmula 239. É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros. (Primeira parte – ex-Súmula nº239-Res. 12/1985, DJ 09.12.1985; segunda parte – ex-Ojs nº64 – inserida em 13.09.1994 e nº126 – Inserida em 20.04.1998.) Brasília, DEJT, Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-239.> acesso em: 16 abr. 2018.

_____. Súmula 257. O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário. Redação original – Res 4/1986, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-257.> Acesso em: 16 abr.2018.

_____. Súmula 363. A contratação de servidor público, após a CF/1998, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de

horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes ao depósito do FGTS. Res.121/2003, DJ 19, 20 e21. 11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363> Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. _____. OJ-SDI-1-383. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974. Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_sl_381.html#TEMA383> Acesso em: 20 jun. 2018.

_____. _____. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 11290-91.2014.5.01.0026. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorridas: Marta Rodrigues de Almeida Chispim e Obra Social João Batista - Casa Espírita Teslo. Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma. Brasília, 11 de Outubro de 2017. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514472002/recurso-de-revista-rr-112909120145010026/inteiro-teor-514472025>. Acesso em: 22 jul. 2018.

_____. _____. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº11235-28.2015.5.01.0052. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorridos: Anderson Pereira de Barros e Instituto Social FIBRA. Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma. Brasília, 10 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/611625008/recurso-de-revista-rr-112352820155010052/inteiro-teor-611625048?ref=juris-tabs>> Acesso em: 22 jul. 2018.

_____. _____. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 488-92.2016.5.08.0018. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorridas: Áurea Monteiro e VPAR locação de mão de obra e serviços Ltda. Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, 5ª Turma. Brasília, 16 de maio de 2018. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583686198/recurso-de-revista-rr-112029620145010044/inteiro-teor-583686238>> Acesso em: 22 jul. 2018.

_____. _____. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10009501920155020605. Recorrente: Município de São Paulo. Recorridos: Samoel Maciel Viana, Centurion Segurança e Vigilância Ltda e Copseg Segurança e Vigilância Ltda. Relator: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma. Brasília, 9 de maio de 2018. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577075664/recurso-de-revista-rr-10009501920155020605/inteiro-teor-577075682?ref=topic_feed> Acesso em: 22 jul. 2018.

_____. _____. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 20462-91.2014.5.04.0020. Agravante: Banco do Estado do Estado do Rio Grande do Sul S.A. Agravados: Josias Gesiel Gonçalves Silva e MOBRA Serviços de Vigilância Ltda. Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma. Brasília, 2 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485247176/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-204629120145040020/inteiro-teor-485247196>> Acesso em: 22 jul. 2018.

_____. _____. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº3543520155060413. Agravantes: Banco do Brasil S.A e Interfort Segurança de Valores

Ltda. Agravado: Américo Evangelista Pereira Marques. Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma. Brasília, 13 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532362095/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-3543520155060413/inteiro-teor-532362150?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

_____. _____. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº1281-35.2016.5.14.0092. Recorrente: DETRAN. Recorridos: Rogério Pereira da Silva e RONDA Segurança e Vigilância Ltda. Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma. Brasília, 26 de junho de 2018. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595898208/recurso-de-revista-rr-12813520165140092/inteiro-teor-595898231?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

_____. _____. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 646-35.2017.5.10.0802. Agravante: Município de Palmas. Agravados: Francilene Queiroz Lima e Instituto Sócio Educacional Solidariedade – ISES. Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma. Brasília, 26 de junho de 2018. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595910822/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-6463520175100802/inteiro-teor-595910841>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

_____. _____. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 269-44.2014.5.15.0054. Recorrente: Centro Educacional de Educação Tecnológica “Paula Souza” CEETEPS. Recorridos: Israel Vilas Boas Juscelino e Atlântico Sul Segurança e Vigilância - EIRELI. Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma. Brasília, 26 de junho de 2018. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595899934/recurso-de-revista-rr-2694420145150054/inteiro-teor-595899954>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

CAFFARO, Leonardo de Mello. **A terceirização na administração pública e as conseqüências do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. A ética administrativa e a possível atuação da advocacia pública.** Artigo. 2012. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/viewFile/133/350>>. Acesso em 28 mai. 2018.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito do trabalho.** 4ª. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Jus Podvim. 2009.

_____. **Terceirização: reforma trabalhista.** Portal do Direito do Trabalho. Prof. Cairo Jr. 2017. Disponível em: <http://www.regrastrabalhistas.com.br/lei/novidades-legislativas/3993-terceirizacao-reforma-trabalhista>. Acesso em: 12 jun. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 8ª. ed – revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de direito administrativo.** 6ª. ed. Salvador: Jus Podvim. 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 14ª. ed. São Paulo: LTr. 2015.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

DIEESE, departamento intersindical de estatísticas e estudos socioeconômicos. **O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil**. Relatório Técnico. 2003. Disponível em: <<http://ftp.medicina.ufmg.br/osat/arquivos/6-07082015>.> Acesso em: 13 abr. 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 9ª. ed.rev. atual.e. ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2012.

GIRARDI, Dante. **A terceirização como estratégia competitiva nas organizações**. Artigo. 2006. Disponível em: <http://gelre.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Estudo_Terceirizacao.pdf.> Acesso em: 12 abr. 2018.

GOMES, Carlos Afonso Rodrigues. **Terceirização: Da responsabilidade subsidiária do Poder Público**. Artigo. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,terceirizacao-da-responsabilidade-subsidiaria-do-poder-publico,41204.html>.> Acesso em: 12 abr. 2018.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 8ª. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

JESUS, Alex Sander Silva de. **Reconstruindo ruínas entre democracia, Administração Pública e contratação de pessoal sem concurso público**. Artigo. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56141/reconstruindo-ruinas-entre-democracia-administracao-publica-e-contratacao-de-pessoal-sem-concurso>.> Acesso em: 23 mai. 2018

LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum. 2007.

LOBO, Bárbara Natália Lages; DA SILVA, Regiane Pereira. **“Reforma trabalhista e terceirização na Administração Pública: reflexões críticas**. Artigo. 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/127111/2017_lobo_barbara_reforma_trabalhista.pdf?sequence=1.> Acesso em: 18 jun. 2018.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 3ª. ed. rev, ampl e atual. Salvador: JusPodivm, 2007.

MARINHO, Cláudia Gaspar Pompeo Marinho. **A responsabilidade contratual da administração pública após o julgamento da ADC 16 do STF**. Artigo. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-contratual-da-administracao-publica-apos-o-julgamento-da-adc-16-pelo-stf,35857.html>.> Acesso em: 25 mai. 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar. **Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado. União “seguradora universal”?** Artigo 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/495/perplexidades-acerca-da-responsabilidade-civil-do-estado>> Acesso em: 07 jun. 2018.

OLIVEIRA, André Inácio de. **A contratação de trabalhadores no âmbito da Administração Pública sem prévia aprovação em concurso público.** Artigo. 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/contrata%C3%A7%C3%A3o-de-trabalhadores-no-%C3%A2mbito-da-administra%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica-sem-pr%C3%A9via-aprova%C3%A7%C3%A3o-em-con>> Acesso em: 22 mai. 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zaniella Di. **Direito Administrativo.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

RANGEL, Daniel. **A terceirização de serviços bancários.** Artigo. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52627/a-terceirizacao-de-servicos-bancarios>> Acesso em: 13 abr. 2018.

RAPASSI, Rinaldo Guedes. **Subordinação estrutural, terceirização e responsabilidade no Direito do Trabalho.** Artigo. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11123/subordinacao-estrutural-terceirizacao-e-responsabilidade-no-direito-do-trabalho>> Acesso em 12 abr. 2018.

RODRIGUES, Safira Nila de Araújo. As inconstitucionalidades da terceirização das atividades-fim das empresas à luz das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017. In: DA COSTA, Ângelo Fabiano Farias; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; NETO, Sílvio Beltramelli. **Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho.** 1ª. ed. Salvador: Jus Podvim, 2018.

SARLET, WOLFANG INGO. **Nada mais atual do que o problema da vedação do retrocesso social.** Artigo 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-24/direitos-fundamentais-nada-atual-problema-vedacao-retrocesso-social>> Acesso em: 30 ago. 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**, 8. ed., vol. I, São Paulo: LTR, 2005.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Terceirização no âmbito da administração pública e a demonstração da culpa in elegendo ou in vigilando do tomador dos serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.** Revista da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Terceirização de serviços e suas repercussões no Direito do Trabalho Contemporâneo. São Paulo, LTr, ano XX, n.20, 2015.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Terceirização – aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques.** Artigo 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/22216/003_viana_delgado_amorim.pdf?sequence=4>. Acesso em: 22. Mai.2018.

