



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

MARIA RITA GOMES CLEMENTINO

**PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO DA RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO
DE SERVIÇOS À LUZ DAS DECISÕES DO STF**

Salvador
2017

MARIA RITA GOMES CLEMENTINO

**PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO DA RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO
DE SERVIÇOS À LUZ DAS DECISÕES DO STF**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de
Direito e Gestão, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Especialista em Direito do
Trabalho e Processo do Trabalho.

Salvador
2017

A meus pais, Adalberto e Márcia,
pelo amor incondicional.

RESUMO

O presente estudo analisa os limites para fixação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública por verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços terceirizados. Para isso, levou-se em consideração o entendimento exarado pelo STF no julgamento da ADC nº 16, no ano de 2010, e do RE nº 760931, em março de 2017, que a despeito de reconhecer a constitucionalidade do art.71, §1º da Lei nº 8.666/93, deixou assente a possibilidade da condenação subsidiária do Estado desde que lastreada em prova cabal da sua culpa no dever de fiscalização. No entanto, acredita-se que, ainda assim, a matéria envolvendo o tema não está completamente esgotada, restando pendentes questões relativas à apreciação da matéria probatória, as quais necessitam ser bem delineadas a fim de evitar novos desencontros na seara processual. É nessa linha que o presente estudo pretende destacar quais atos caracterizam a fiscalização adequada por parte da Administração Pública, buscando trazer a segurança jurídica nas relações travadas pelos entes públicos. Por fim, propõe sugestões quanto à distribuição do ônus da prova, reservando, nesse ponto, algumas críticas à posição tomada pela Suprema Corte nas últimas decisões envolvendo o tema.

Palavras-Chave: Terceirização. Responsabilidade subsidiária do Estado. ADC nº 16. RE nº 760931.

ABSTRACT

The present study analyzes the limits for the establishment of the subsidiary responsibility of the Public Administration for labor deficits defaulted by the company that provides outsourced services. For this, it was taken into account the decision rendered by the Supreme Court in the judgment of the ADC n°16, in 2010, and the RE n° 760931, in march 2017, that despite recognizing the constitutionality of the article 71, §1º of Law n° 8.666/93, left the possibility of the State's subsidiary condemnation since based on clear proof of its fault in the duty to supervise. However, it's believed that, nevertheless, the subject matter isn't completely resolved, because some aspects about the burden of proof's distribution remained unanswered, and they need to be well delineated to avoid new procedural disagreements. In this sense, the present study intends to highlight which acts characterize the adequate supervision by the Public Administration, looking forward to bringing legal security in the relations between public entities. Finally, it proposes some suggestions regarding the burden of proof's distribution, reserving, at this point, some criticism about the position taken by the Supreme Court in the last decisions involving the theme.

Keywords: Outsourcing. State subsidiary responsibility. ADC n° 16. RE n° 760931.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO BRASIL.....	10
2.1	CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS	10
2.2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO E PRIVADO: ANÁLISE DE SEU TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL.....	12
2.3	A PRÁTICA DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	17
2.4	TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE DA TOMADORA DE SERVIÇOS..	20
3	RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TOMADORA DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS	24
3.1	NOÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	24
3.2	RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO.....	29
3.3	RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TERCEIRIZANTE: A CONTROVÉRSIA ACERCA DA SÚMULA Nº 331 DO TST E A PREVISÃO DO ART. 71 §1º, DA LEI DE LICITAÇÕES	32
4	DOS JULGAMENTOS DO STF E SUA REPERCUSSÃO NA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA	40
4.1	BREVE HISTÓRICO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE nº16	40
4.2	DA DECISÃO DO STF NA ADC nº 16	45
4.3	DO IMPACTO DO JULGAMENTO DA ADC nº16 NA JURISPRUDÊNCIA DO TST	51
4.4	O CENÁRIO PÓS ADC nº 16.....	53
4.5	DO JULGAMENTO DO RE nº 760931	57

5 DA FIXAÇÃO DOS LIMITES PARA A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DAS DECISÕES DO STF	62
5.1 DA DEFINIÇÃO DA FISCALIZAÇÃO ADEQUADA	63
5.2 DAS PROVIDÊNCIAS A SEREM ADOTADAS EM CASO DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES	72
5.3 DAS QUESTÕES RELATIVAS À DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	75
6 CONCLUSÃO	85
7 REFERÊNCIAS	93

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por escopo delimitar os parâmetros para fixação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços à luz das últimas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, em especial, da ação declaratória de constitucionalidade de nº 16, no ano de 2010, e da mais recente decisão no recurso extraordinário de nº 760931, no ano de 2017.

Sem adentrar na discussão acerca das vantagens e desvantagens advindas desse instituto, é inegável que a terceirização de serviços é uma prática que vem sendo cada vez mais utilizada tanto pelas empresas privadas, quanto pelas entidades pertencentes ao setor público, tornando-se uma realidade socioeconômica a qual não pode mais ser ignorada, solicitando dos órgãos legislativos um regramento legal capaz de disciplinar as peculiaridades das relações sociais derivadas desse fato jurídico complexo.

À medida que o fenômeno terceirizante se alastrava, em contrapartida, não era acompanhado por uma evolução legislativa correspondente, em especial no que tange ao dilema da responsabilidade pelo pagamento de verbas trabalhistas não quitadas, fato este que impulsionou o Tribunal Superior do Trabalho, após longa construção jurisprudencial, a editar a Súmula nº 331, a qual passou a disciplinar a matéria, sofrendo algumas alterações em sua redação ao longo dos anos, com destaque para a revisão ocorrida no ano de 2000, a qual inseriu no item IV a possibilidade de responsabilização subsidiária da administração direta e indireta.

No entanto, para os órgãos de representação jurídica dos entes públicos, o modo pelo qual a Justiça do Trabalho vinha condenando o Estado pela mera inadimplência da contratada representava, na prática, no reconhecimento da sua responsabilidade automática e objetiva, além de negar vigência à literalidade do art.71, §1º da Lei nº 8.666/93.

O objeto de estudo desse trabalho restringe-se ao fenômeno da terceirização no âmbito público, dando destaque às decisões do STF na ADC nº 16 e no RE nº 760931 que enfrentaram a celeuma jurídica envolvendo a compatibilidade da Súmula nº 331, do TST frente à redação taxativa do art.71, §1º da Lei nº 8.666.

Com o julgamento da ADC nº 16, no ano de 2010, foi declarada a constitucionalidade do emblemático art.71, §1º da Lei de Licitações, no entanto, na mesma assentada, ficou registrada a possibilidade excepcional de responsabilizar subsidiariamente o Estado em sede de terceirização, desde que lastrada em prova cabal da omissão do Poder Público no seu dever fiscalizatório, motivo que levou o TST a revisar a Súmula nº 331, a fim de se amoldar ao novo entendimento proferido pelo STF, inserindo a ideia de culpa “*in vigilando*” como condicionante da condenação estatal.

Entretanto, ao contrário do esperado, a decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade não só ficou longe de encerrar a controvérsia, como estimulou a proliferação de recursos no âmbito do STF envolvendo o tema. Isso porque, verificou-se, na prática, que Administração Pública e magistrados trabalhistas divergiam acerca dos parâmetros interpretativos da culpa “*in vigilando*”, sobretudo quanto à apreciação no plano fático dos indícios de má fiscalização por parte do ente público, não sendo raras as sentenças que condenava o Estado por suposta culpa presumida no seu dever legal de controle do fiel cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços terceirizados.

Em 30 de março de 2017, a Suprema Corte, no placar acirrado de 6 (seis) contra 5 (cinco) votos, julgou o RE nº 760931, com repercussão geral reconhecida, confirmando o veredicto da ADC nº16, reafirmando a impossibilidade de responsabilizar a Administração Pública com base na culpa presumida, por contrariar frontalmente o art.71, §1º, ressaltando a hipótese de responsabilidade subsidiária do Estado por comprovação nos autos de prova irrefutável da falha na fiscalização, desde que haja também o nexo de causalidade entre a sua conduta omissiva e os prejuízos gerados aos trabalhadores.

Todavia, receia-se que, ainda assim, a matéria não tenha sido esgotada, restando pendentes questões pontuais que se não forem bem delineadas, poderão desembocar em novos desencontros hermenêuticos, repercutindo na continuidade de debates no âmbito processual e proliferação de recursos envolvendo o tema.

Nessa linha, o presente trabalho se propõe a delimitar os parâmetros do que se entende por fiscalização efetiva, quais as condutas que a Administração Pública deve realizar para se desincumbir do seu dever legal de cautela, garantindo uma segurança jurídica no campo processual, ao mesmo tempo em que se resguardam

os direitos trabalhistas dos empregados alocados na prestação de serviços. Do mesmo modo, serão trazidas questões essenciais acerca da distribuição do ônus da prova, oportunidade na qual serão tecidas algumas críticas em relação à maneira que a matéria vem sendo tratada nas últimas decisões proferidas pelo STF.

A necessidade da definição dessas questões se exaspera na medida em que até o resultado do RE nº 760.931 tratava do tema com maior número de processos sobrestados no TST, o que revela a urgência de delimitação dos pontos acima destacados para a pacificação da matéria nos tribunais.

Para melhor compreensão do tema, a presente monografia de pós graduação foi estruturada em 6 capítulos, sendo o primeiro e o último correspondentes, respectivamente, à introdução e à conclusão.

No segundo capítulo, foram trazidos os conceitos e a evolução legislativa e jurisprudencial do fenômeno terceirizante, com enfoque na sua utilização no âmbito público.

O terceiro capítulo traz as noções gerais da responsabilidade do Estado, analisando as principais teorias construídas pela doutrina administrativista ao longo dos anos.

Já o quarto capítulo aborda o desenrolar do julgamento pelo STF na ADC nº 16, no ano de 2010, e da mais recente decisão proferida nos autos do RE nº 760931, em março de 2017, discorrendo sobre os principais argumentos lançados quando dos debates que precederam à prolação dos resultados finais.

Por fim, no quinto capítulo é apresentada a conclusão da autora acerca das condutas que caracterizam a efetiva fiscalização pela Administração Pública capazes de afastar a sua responsabilidade pelo passivo trabalhista inadimplido pela contratada no caso concreto, tendo por base os supracitados julgados da Suprema Corte e, especialmente, a IN nº 02/08 do MPOG, com suas posteriores alterações. Também, foi feita uma sugestão acerca da questão envolvendo a distribuição do ônus da prova, reservando, nesse tocante, algumas críticas ao modo que a questão vem sendo decidida pelo STF nos recentes julgados posteriores ao RE nº 760931.

2 A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO BRASIL

2.1 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

O modelo clássico de contrato de emprego estabelecido nos arts. 2º e 3º¹, *caput*, da CLT consiste essencialmente na relação bilateral, empregado – empregador, caracterizada pela pessoalidade, não eventualidade, subordinação, e onerosidade².

Com o passar dos anos, verificou-se que o fenômeno da globalização aliado à modernização dos fatores de produção e à implantação de novas tecnologias alterou o cenário do modelo clássico de relação empregatícia, gerando o modelo trilateral de relação de emprego que surge através do processo terceirizante. Assim, o Direito do Trabalho tem sofrido verdadeira flexibilização de suas normas de proteção ao trabalhador a fim de se adaptar a nova conjuntura sócio-econômica liderada pelo sistema capitalista e a busca desenfreada pelo lucro, sendo a terceirização duramente criticada até os dias de hoje.

Sobre o tema, Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano pontuam que “fenômeno da modernidade, a terceirização é vista como um modelo de excelência empresarial e administrativa, com a possibilidade de redução de custos de mão de obra e especialização dos serviços prestados”³

Nesse sentido, as empresas começaram a notar que a descentralização da atividade empresarial para outrem, um terceiro, configurava uma prática pecuniariamente vantajosa, já que transferia o trabalho da etapa produtiva para um trabalhador sem vínculo com a empresa contratante, a qual não teria que arcar com as obrigações trabalhistas que permaneceriam sob a responsabilidade da empresa fornecedora do serviço terceirizado. Dessa forma, a contratação de terceiros para atividade-meio da empresa geraria maior agilidade e produtividade na linha de

¹ Dispõe o art. 2º, *caput*: “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Dispõe o art. 3º, *caput*: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

² Exige-se ainda que a prestação de trabalho seja realizada por pessoa física.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. vol. 3, p. 320.

produção, combinando a redução dos custos operacionais com folhas de pagamento, e com ela dos encargos sociais, sem perder a qualidade do produto, resultando no sucesso do empreendimento e no alcance de maiores lucros.

Segundo o Maurício Godinho, a “terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”, figurando como principais personagens dessa relação triangular:

O obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos justralhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação do labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.⁴

Nessa linha, esclarecem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Trata-se, em síntese, de uma dúlice relação jurídica, em que um sujeito contrata os serviços de outro, em pacto de natureza civil, e este último contrata empregados, que trabalham em atividades relacionadas com o tomador de serviços.⁵

Por meio do fenômeno da terceirização, o ordenamento permite uma relação trilateral de trabalho através da qual:

O trabalhador presta serviços de natureza não eventual a um tomador que, embora continue a dirigir e assumir os riscos de seu empreendimento, deixa de ser considerado o seu empregador, que passa ser outro sujeito – a empresa interveniente – que fornece a mão de obra terceirizada e lhe paga o salário (o qual, no entanto, compõe o preço do serviço quitado a este fornecedor pela empresa tomadora).⁶

Apesar de relativamente novo no Direito do Trabalho, a contratação de serviço de mão de obra por empresa interposta vem assumindo grande amplitude no âmbito da atividade empresarial, sendo extremamente criticada pela doutrina por representar um confronto com os princípios fundamentais de proteção do trabalhador, de modo que o trabalhador (sujeito hipossuficiente da relação empregatícia) seria tratado como mera peça de engrenagem produtiva:

Por isso mesmo é que vários ordenamentos jurídicos, nacionais e internacionais, ainda hoje, consideram ilegal a pura e simples intermediação de mão de obra (de modo pejorativo denominada *marchandage*), na medida em que a participação de um terceiro intermediário nessa relação de trabalho subordinado não teria nenhuma justificativa plausível, não passando de *reles* venda, por um intermediário, do trabalho alheio, que se

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 502.

⁵ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 320.

⁶ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16 e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 75, n. 7, jul. 2011, p. 776-777.

apropriaria de parte do valor da remuneração que, uma vez paga pelo tomador, deveria naturalmente destinar-se por inteiro a quem prestou o trabalho.⁷

Passa-se ao estudo da evolução histórica do fenômeno da terceirização e sua normatividade, abordando o seu tratamento legal e jurisprudencial ao longo dos anos, em especial no âmbito da Administração Pública.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO E PRIVADO: ANÁLISE DE SEU TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943, em sua redação original, faz menção apenas a duas espécies de subcontratação do trabalho de mão de obra, sendo elas a subempreitada (com previsão no seu art. 455) e a pequena empreitada (art.652, “a”, III, CLT), o que permite apontá-las como o primeiro esboço jurídico em direção ao fenômeno terceirizante conhecido atualmente.

Convém ressaltar que, à época da criação da CLT, no ano de 1943, a prática de contratação de serviços por empresa interposta não era comum, ainda porque o fenômeno da terceirização somente veio a tomar forças no cenário nacional a partir da era dos impulsos no setor das indústrias brasileiras, que apenas se deu nos últimos 30 anos do século XX.

Nos fins da década de 1960 e início dos anos 70, o nosso ordenamento passou a disciplinar uma forma de terceirização (não sendo ainda nomeada com esse epíteto) que se verificava apenas no âmbito da Administração direta e indireta da União, Estados e Municípios através de dois instrumentos legais: o Decreto-Lei nº 200/67 (art.10) e a Lei nº 5.645/70.

Nesse contexto, o Decreto Lei nº 200/67 foi o instrumento legal pioneiro a disciplinar a prática da descentralização administrativa, dispondo em seu art.10 § 7º que:

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

⁷ PIMENTA, 2011, p. 777.

a desempenhar os encargos de execução.⁸

Dessa forma, através da previsão expressa de lei, o ente público estava autorizado a praticar a descentralização administrativa de tarefas auxiliares do Estado para a iniciativa privada, sendo, portanto, presentes os primeiros passos de regulamentação da terceirização.

Perceba-se, entretanto, que o instrumento legal falhou ao não estabelecer quais seriam as atividades passíveis de contratação indireta (as denominadas “tarefas executivas”), que somente foram discriminadas com a edição da Lei nº 5.645 de 1970, que veio exatamente exemplificar alguns desses encargos de execução sugeridos pelo diploma legal anterior:

[Lei n. 5.645/70, art. 3º,] Parágrafo único. 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, par. 7º, do Decreto-lei 200 [...].⁹

Convém esclarecer que o rol de atividades do art. 3º da referida Lei é meramente exemplificativo, bem como corresponde a atividades de apoio, instrumentais, meramente executórios, ou seja, atividades meio da empresa tomadora de serviços. Assim, não houve autorização quanto à contratação indireta para realização de serviços relacionados à atividade fim da Administração Pública.

Nesse tocante, cabe transcrever as palavras de Maurício Godinho Delgado sobre o tema:

A autorização legal à terceirização no âmbito das entidades estatais é, como visto, limitada exclusivamente a atividades-meio, atividades meramente instrumentais. Não há na ordem jurídica até então qualquer permissivo à terceirização de atividades-fim dos entes tomadores de serviço.¹⁰

Na década de 70, foi criada a Lei do Trabalho Temporário (a Lei nº 6.019/74), que estendeu a prática de contratação de empresas interpostas ao campo privado da economia. Posteriormente, foi editada a Lei nº 7.102/83 que, nos dizeres de

⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 22 mar. 2012.

⁹ Id. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 dez. 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 22 mar. 2012.

¹⁰ DELGADO, 2017, p. 507.

Maurício Godinho Delgado¹¹, passou a autorizar “a terceirização do trabalho de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente”.

Importante salientar que ao longo das últimas décadas, a contratação de força de trabalho terceirizada assumiu ampla dimensão no contexto do segmento privado da economia, apesar de não haver um texto legal autorizando a relação triangular de emprego.

A disseminação desenfreada de utilização de serviços terceirizados contribuiu para o aumento das demandas individuais ajuizadas na Justiça do Trabalho, trazendo a necessidade da jurisprudência trabalhista se debruçar sobre o tema.

Nesse tocante, assim elucidou Maurício Godinho:

A jurisprudência trabalhista digladiou-se desde a década de 1970 em torno do tema da terceirização (embora esse epíteto, como visto, tenha se consagrado apenas posteriormente na tradição jurídica do país). O laconismo de regras legais em torno de tão relevante fenômeno sociojurídico conduziu à prática de intensa atividade interpretativa pela jurisprudência, em sua busca de assimilar a inovação sociotrabalhista ao cenário normativo existente no país.¹²

Como resultado, em 30.09.1986, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 256 (antecessora da atual Súmula nº 331 do TST), restringindo severamente a institucionalização da terceirização privada no Brasil, a exceção de duas hipóteses: trabalho temporário e serviço de vigilância.

Constava da antiga Súmula nº 256 do TST, hoje já cancelada:

Trabalho Temporário e Serviço de Vigilância - Contratação de Trabalhadores por Empresa Interposta
Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 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.¹³

A mencionada Súmula, portanto, somente admitia a contratação de trabalho por empresa interposta nos limites estabelecidos pelas Leis nº 6.019/74 e 7.102/83, de modo que qualquer hipótese de trabalho terceirizado realizado fora do previsto nesses instrumentos jurídicos era considerada ilegal.

Não obstante, a Súmula nº 256 não acolheu as exceções contidas no o art. 10

¹¹ Cf. DELGADO, 2017, p. 504.

¹² Ibid., p. 514.

¹³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 256 do TST**. Brasília, DF, 1986. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 27 abr. 2012.

do Decreto-lei nº 200/67 e na Lei nº 5.645/70 que tratam da admissão de terceirização no contexto da Administração Pública. Ademais, as hipóteses de terceirização lícita no setor público foram ampliadas com a edição do Decreto-Lei nº 2.300/1986 (que regulava a licitação antes da Lei nº 8.666/93) e a previsão do art. 37, XXI, da Constituição Federal, o qual expressamente admitiu a figura da contratação de serviços.

Nessa linha, a jurisprudência do TST, aos poucos, foi mitigando o rigor do Enunciado nº 256, fazendo uma distinção entre a mera intermediação de mão de obra, a qual permaneceu ilícita, e a prestação de serviços técnicos especializados, a qual é admitida como terceirização lícita, e que, posteriormente seria ampliada para abarcar todas as atividades meios do tomador de serviço.

Diante da necessidade de correção, a referida Súmula foi revisada, em 1994, resultando na edição da Súmula nº 331, do TST, que assim constava na sua redação original:

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

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

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.¹⁴

Posteriormente, em 2000, o inciso IV da Súmula nº 331 recebeu nova redação a fim de esclarecer que a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços também abarca os “órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista” (Resolução 96, de 11.9.2000, TST).

O inciso IV, da referida Súmula, foi alvo de amplas discussões doutrinárias já que representa uma contradição com o art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93, o qual afasta expressamente qualquer responsabilidade do Poder Público pelos encargos

¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331 do TST**. Brasília, DF, 1994. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 27 abr. 2012.

trabalhistas não adimplidos pela prestadora de serviço.

Em 24.11.2010, o STF, nos autos da ADC nº 16, encerrou a controvérsia após declarar a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei de Licitações, no entanto, ressaltou que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pode ser decretada caso detectada a omissão do seu dever de fiscalizar.

Em 24.05.2011, o pleno do Tribunal Superior do Trabalho se reuniu para adequar a jurisprudência trabalhista ao novo entendimento proferido pela Suprema Corte, atribuindo nova redação ao item IV da Súmula nº 331, bem como inseriu dois novos incisos, nos seguintes e expressivos termos:

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 8.666/93, 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.¹⁵

Hoje, portanto, a Administração Pública somente poderá ser condenada pela inadimplência da empresa terceirizada se houver prova nos autos de que agiu com culpa na deflagração do resultado lesivo. Houve, portanto, uma substituição da responsabilidade objetiva do ente público, para a responsabilidade subjetiva, apoiada na ideia de culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Cumprir informar que recentemente foi aprovada a Lei nº 13.429/17 que alterou diversos dispositivos da Lei nº 6.019/74, e incluiu novos artigos regulamentando a terceirização nas atividades privadas. A recente inovação legislativa tem despertado discussões a respeito do tema, todavia, vem prevalecendo a interpretação segundo a qual a Lei nº 13.429/17 teria autorizado a terceirização entre particulares tanto na atividade-meio quanto na atividade-fim, o que poderá ensejar no cancelamento ou revisão da Súmula nº 331, especialmente do seu item III, nos próximos meses.

Contudo, os aspectos controversos da recente Lei nº 13.429/17 não serão aprofundados por fugir ao objeto da monografia, a qual tem por foco a terceirização

¹⁵ BRASIL, 1994.

no âmbito público. Da mesma forma, prevalece o entendimento que a recente lei não incide nas terceirizações travadas pela Administração Pública, por isso, acredita-se que não haverá repercussão nos itens da Súmula nº 331 pertinentes aos entes públicos.

Nos próximos capítulos, será tratado, de forma detalhada, o cenário jurídico que culminou na ADC nº 16 e a nova redação da Súmula nº 331 do TST. Nesse primeiro capítulo apenas nos interessa as noções iniciais acerca do instituto da terceirização, seus efeitos jurídicos, sua normatização em nosso ordenamento, e a análise da responsabilidade subsidiária das tomadoras de serviço.

2.3 A PRÁTICA DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No âmbito da Administração Pública, a terceirização será realizada através do procedimento licitatório, previsto no art. 37, XXI, da Constituição, e disciplinado pela Lei nº 8.666/93, a fim de selecionar a proposta mais vantajosa para o ente público, bem como propiciar a isonomia entre as empresas candidatas.

O Decreto nº 2.271, de 7.7.1997 também exemplificou as atividades que são passíveis de terceirização pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional¹⁶, permitindo, em seu art.1º, a “execução indireta das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade”. O §1º do mesmo artigo¹⁷ exemplifica as atividades que serão, de preferência, objeto de execução indireta, e ao seu passo, o §2º veda a terceirização de “atividades inerentes às categorias fundacionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade”,

¹⁶ Cf. FORTINI, Cristiana; PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria da. As terceirizações e as contratações temporárias realizadas pela administração pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF. In: _____. (Coord.). **Terceirização na administração**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 13.

¹⁷ “**Art. 1º** No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. § 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.”

salvo algumas exceções.¹⁸

Em 30 de abril de 2008, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, orçamento e Gestão, publicou a Instrução Normativa nº 02, que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não¹⁹. Segundo o seu art. 6º, os “serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2.271/97A”, esclarecendo em seu parágrafo único que “a prestação de serviços de que trata esta Instrução Normativa não gera vínculo empregatício entre os empregados da contratada e a Administração, vedando-se qualquer relação entre estes que caracterize pessoalidade e subordinação direta.”

A IN nº 02/08 apresenta, em seu art.9º²⁰, uma lista de atividades que não podem ser objeto de terceirização, bem como veda, em seu art. 10 a prática de atos de ingerência na administração da contratada:

Art. 10. É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, tais como:

I - exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis por ela indicados, exceto quando o objeto da contratação prever o atendimento direto, tais como nos serviços de recepção e apoio ao usuário;

II - direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas;

III - promover ou aceitar o desvio de funções dos trabalhadores da contratada, mediante a utilização destes em atividades distintas daquelas previstas no objeto da contratação e em relação à função específica para a qual o trabalhador foi contratado; e

¹⁸ § 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias fundacionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

¹⁹ Cf. FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Virgínia Kirchmeyer. A terceirização pela administração pública no direito administrativo: considerações sobre o Decreto nº 2.271/97, a Instrução Normativa nº 2/08 e suas alterações, a ADC nº 16 e a nova Súmula nº 331 do TST. In: _____. (Coord.). **Terceirização na administração**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 37.

²⁰ Segundo o Art. 9º, “É vedada a contratação de atividades que: I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal; II - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; e III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como: a) aplicação de multas ou outras sanções administrativas; b) a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações; c) atos de inscrição, registro ou certificação; e d) atos de decisão ou homologação em processos administrativos.”

IV – considerar os trabalhadores da contratada como colaboradores eventuais do próprio órgão ou entidade responsável pela contratação, especialmente para efeito de concessão de diárias e passagens.²¹

Através desse comando, a Administração Pública somente estava autorizada a fiscalizar a empresa terceirizada no que concerne aos atos relativos à prestação do serviço pactuado, sendo proibida de intervir nas relações laborais entre a contratante e seus empregados.

Em 15.10.2009, a IN nº 03 inseriu alguns dispositivos na IN nº 02 que, “se não divergem entre si, são, ao menos resultado de preocupações distintas, um a prever o distanciamento entre a administração pública e os empregados e outros a aproximá-los”²². Sobre o tema, escreveram Cristina Fortini e Virgínia Kirchmeyer:

Isso porque foi criado o art. 19-A que, fazendo alusão expressa e textual à então Súmula nº 331 do TST, abre a possibilidade de o ato convocatório conter regras para garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra. Entre as precauções que podem ser adotadas estão o provisionamento dos valores destinados ao pagamento de férias, décimo terceiro e rescisão contratual e o depósito em conta vinculada específica, liberada apenas quando implementado o “fato gerador”. Há ainda previsão de que os salários e demais verbas dos trabalhadores sejam pagos diretamente a eles, se detectada falha no cumprimento das obrigações da empresa e de retenção na fatura e depósito direto dos valores devidos ao FGTS nas contas vinculadas dos empregados.²³

Observa-se que a IN nº 03/09 tinha o propósito de proteger o interesse público, sobretudo no cenário jurídico anterior ao julgamento da ADC nº 16 pelo STF e a posterior reformulação do verbete da Súmula nº 331 pelo TST²⁴.

Para encerrar esse tópico, cumpre lembrar que nosso ordenamento não permite a terceirização de determinado serviço público como um todo, ou seja, a contratação de uma empresa interposta deve se ater à realização de atividades meramente acessórias, atividade meio, de apoio e nunca atividade fim da empresa contratante.

Por fim, a concessão de serviços públicos não pode ser confundida com terceirização da atividade fim do Poder Público. A concessão de serviços públicos é

²¹ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02 maio 2008a. Disponível em: <<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/Downloads/file?2%20-%202008-Contrata%E7%E3o.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

²² FORTINI; VIEIRA, 2012, p. 45.

²³ Ibid., p. 43.

²⁴ Cf. Ibid., loc. cit.

um instituto pelo qual o Estado delega a terceiros, através de prévio certame licitatório, a realização de serviços públicos, por sua conta e risco, no entanto, o seu conceito não se confunde com modalidade de terceirização. A concessionária é que terá a prerrogativa de contratar empresa interposta para a realização de atividades relacionadas à atividade meio do objeto da concessão, e nunca de sua atividade fim.

2.4 TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE DA TOMADORA DE SERVIÇOS

A responsabilidade pela quitação dos créditos trabalhistas cabe, em regra, ao empregador em decorrência do contrato de trabalho celebrado entre as partes. Essa situação é de fácil visualização na relação bilateral de emprego, na qual de um lado o trabalhador emprega sua força de trabalho na realização de uma atividade, e em troca o empregador oferece a contraprestação pelo serviço prestado.

Nas relações triangulares de trabalho, a empresa prestadora de serviços figura como empregadora dos trabalhadores, sendo, portanto, a responsável pelos pagamentos salariais, de forma que a empresa tomadora de serviços, apesar de ser beneficiada pelo trabalho terceirizado, não possui qualquer compromisso com aqueles trabalhadores por lhe faltar o vínculo empregatício.

Dessa maneira, a empresa que contratou o serviço terceirizado deve efetuar o pagamento diretamente à empresa prestadora de serviços, de modo que cabe a esta última o repasse dos valores devidos aos trabalhadores como contraprestação pela realização da atividade.

Acontece que em muitas situações a empresa prestadora de serviços deixava de adimplir com suas obrigações trabalhistas, resultando um grave prejuízo aos trabalhadores que empregaram sua força de trabalho, no entanto, não eram agraciados pela remuneração devida, em completa ofensa aos princípios e regras previstos no Direito do Trabalho.

A matéria sobre a responsabilidade nos casos de terceirização foi tratada expressamente no art. 16 da Lei nº 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário), que transcrevemos nessa oportunidade:

Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das

contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.²⁵

Observe-se que o referido dispositivo de lei apenas previa a hipótese de responsabilidade solidária da empresa tomadora ou cliente nos casos em que era decretada a falência da empresa de trabalho temporário, e ainda assim englobava tão somente as verbas de contribuições previdenciárias, remuneração e indenização.

Essa restrição trazida pela Lei nº 6.019/74 gerou grande debate na doutrina que defendia uma maior ampliação do campo de responsabilização das empresas tomadoras de serviços na terceirização de forma a adequá-la à realidade socioeconômica e normativa trabalhista. Diante disso, juristas começaram a utilizar de uma série de hermenêutica jurídica no intuito de ampliar a ideia de responsabilização da tomadora de serviços também para os demais casos de terceirização que extrapolavam a restrição da Lei de Trabalho Temporário.

Nesse tocante, cumpre elucidar os ensinamentos de Maurício Delgado Godinho sobre o tema:

De qualquer modo, seja por analogia com preceitos próprios ao Direito do Trabalho (art. 16, Lei n. 6.019/74; art. 2º, CLT, que trata da assunção dos riscos por aquele que toma trabalho subordinado, não-eventual, pessoal e oneroso; art. 8º, CLT, que dispõe sobre a integração jurídica), seja por analogia com preceitos inerentes ao próprio Direito Comum (arts. 159 e 160, I, in fine, CCB/1916, por exemplo), seja em face da prevalência na ordem jurídica do valor-trabalho e dos créditos trabalhistas (ilustrativamente, Constituição da República: art. 1º, III e IV; art. 3º, I, in fine, e III, ab initio, e IV, ab initio; art. 4º, II; art. 6º, art. 7º, caput, in fine; art. 7º, VI, VII, X; art. 100, ab initio; art. 170, III), o fato é que a jurisprudência sempre pautou-se pela busca de remédios jurídicos hábeis a conferir eficácia jurídica e social aos direitos laborais oriundos da terceirização. Essa busca também se fazia no sentido de melhor incorporar as regras de responsabilidade prevista na Lei n. 6.019/74 em conjunto jurídico mais coerente, amplo e sistemático, como cabível à compreensão de qualquer instituto de Direito.²⁶

Como consequência, a jurisprudência trabalhista editou a Súmula nº 331, do TST, no escopo de empregar o máximo de esforços para que o trabalhador inserido no contexto da terceirização fosse contemplado com a contraprestação pactuada. A referida súmula imputa ao tomador de serviços a responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços, numa clara

²⁵ BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 jan. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 22 mar. 2012.

²⁶ DELGADO, 2017, p. 534.

proteção ao trabalhador.

Diferentemente do art. 16 da Lei nº 6.019/74, a redação da Súmula nº 331 traz a possibilidade de responsabilização da tomadora de serviços em todas as hipóteses de terceirização (inclusive, naquelas de trabalho temporário), desde que tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial, bem como engloba todas as obrigações laborais não adimplidas pela empresa contratada.

Vejam os comando do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, na sua redação original:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.²⁷

Observa-se que a Súmula nº 331 contempla a hipótese em que a empresa não-empregadora é condenada subsidiariamente pelo pagamento de dívidas laborais de trabalhadores com os quais ela não possui qualquer vínculo empregatício.

Desse modo, a jurisprudência trabalhista consagrou uma hipótese didática de *obligatio sem debitum*²⁸, ao acolher a tese da responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços pelas verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços terceirizados.

Frise-se que há um benefício de ordem quanto ao cumprimento das parcelas trabalhista, ou seja, a responsabilidade patrimonial pelos créditos laborais é atribuída à empresa contratada, de tal sorte que primeiro executa-se a empregadora e apenas no caso de sua omissão quanto ao pagamento, transfere-se a responsabilidade à empresa tomadora de serviços de forma subsidiária.

Desse modo, por responsabilidade subsidiária entenda-se que é:

Aquela responsabilidade que vem em reforço ou em substituição, conferindo uma espécie de benefício de ordem: somente em caso de não pagamento da verba trabalhista por parte do empregador a empresa tomadora seja chamada a pagar, e desde que tenha ela participado do processo judicial movido pelo empregado, na qualidade de reclamada.²⁹

²⁷ BRASIL, 1994.

²⁸ Cf. GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 320.

²⁹ Cf. FANTONI, Natália. **A responsabilidade da administração pública pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora em casos de terceirização de**

Sobre a matéria de responsabilidade subsidiária, assim esclarece Vólia Bomfim Cassar:

A pedra de toque para responsabilizar os contratantes é o art. 9º da CLT, que considera praticado em fraude à lei todo ato que vise impedir ou desvirtuar a aplicação dos direitos previstos na CLT. Desta forma, empregador que sonega direitos trabalhistas de seu empregado comete ato ilícito, e o tomador de serviços abusa do direito de terceirizar, pois deveria fiscalizar o cumprimento do contrato e escolher melhor as empresas intermediadoras de mão de obra. De acordo com o art. 187 do CC, o abuso de direito equipara-se ao ato ilícito que é o fato gerador da responsabilidade civil (arts. 186 c/c 927 c/c 942 do Código Civil). Por este motivo, mesmo nos casos de terceirização regular o tomador responde subsidiariamente.³⁰

A responsabilidade subsidiária, portanto, pressupõe uma ordem de preferência executória, pela qual diante da situação de ausência do devedor ou insuficiência de recursos para sanar a dívida, será chamado a responder pelas parcelas um outro sujeito demandado.

Convêm registrar que o pagamento dos créditos em razão da condenação pela responsabilidade subsidiária confere ao pagador o direito de regresso em relação ao devedor principal, ou seja, o direito de reaver a quantia desembolsada.

Nos casos em que a empresa tomadora de serviços pertence ao setor privado, a aplicação da sua responsabilidade subsidiária não gera maiores discussões no campo jurídico, inclusive, há quem defenda que a Súmula nº 331 do TST poderia ter estabelecido a responsabilidade solidária como forma de contemplar de maneira mais eficiente os princípios protetivos do Direito do Trabalho.

A controvérsia reside nas hipóteses em que a condenação subsidiária recai nos entes estatais tomadores de serviços, ou seja, a problemática se configura na possibilidade (ou não) da Administração Pública ser responsabilizada pelas verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços especializados. Essa questão gerou amplo debate na doutrina e jurisprudência e será analisada com maior aprofundamento no próximo capítulo.

serviços. 2011, 77 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2011, p. 28.

³⁰ CASSAR apud FANTONI, op. cit., loc. cit.

3 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TOMADORA DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

3.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Passa-se a breve explanação acerca da evolução da responsabilidade estatal, analisando as várias teorias elaboradas a respeito do tema, abordando primeiramente a teoria da irresponsabilidade, em seguida, a teoria civilista e, por fim, a teoria publicista.

Na origem do Direito Público, imperava a ideia de irresponsabilidade do Estado quanto à reparação de eventuais danos que a Administração Pública causasse a terceiros. A teoria da irresponsabilidade do Estado vigorava na era dos Estados Absolutistas, na qual os dirigentes atuavam como verdadeiros donos da verdade, conforme ilustra o brocardo inglês *“the king can do no wrong”* (“o Rei não faz nada de errado”).

Em alguns Estados, essa teoria não significava uma absoluta desproteção dos administrados contra atos do ente público, admitindo-se a imputação da responsabilidade estatal em 3 (três) situações: diante de lei específica que a previsse expressamente ou por prejuízos decorrentes da ação estatal na iniciativa privada, e por fim, em casos de danos causados pelas coletividades públicas locais.

Contudo, a prepotência da teoria da irresponsabilidade começou a perder força com a gradativa incorporação e reconhecimento de direitos dos indivíduos frente ao Estado, bem como a submissão do ente estatal ao direito, dando lugar a concepção do princípio da responsabilidade do Estado.

Nesse diapasão, a tese da irresponsabilidade ficou superada dando lugar à regra de responsabilização do Estado apoiada na ideia de culpa, nascendo a teoria civilista da culpa. No primeiro momento, distinguam-se, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão, de modo que os primeiros correspondem aos atos praticados pela Administração Pública regidos por um direito especial, gozando de prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos de modo

unilateral e coercitivamente ao particular³¹. Por sua vez, os atos de gestão são aqueles praticados pela Administração Pública em situação de igualdade com os particulares, sendo regidos pelo direito comum.

Observa-se que essa teoria surgiu como forma de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca, de tal forma que passou a admitir a responsabilidade civil decorrente dos atos de gestão praticados, porém manteve a impossibilidade de condenação pelos prejuízos oriundos de atos de império.

Dessa maneira, distinguiram-se os atos praticados pela pessoa do monarca (atos de império) daqueles praticados por seus subordinados (atos de gestão), gerando inúmeras críticas daqueles que defendiam que a personalidade do Estado não pode ser dividida, devendo todos os atos praticados pelo Estado em nome do interesse público e prestação de serviços serem enquadrados como atos de gestão.

Atualmente, apesar de abandonada a distinção entre atos de império e de gestão, muitos autores se filiam a teoria civilista de responsabilidade do Estado.

Segundo preceitua a Maria Sylvia Zanella di Pietro, a doutrina civilista serviu de inspiração ao art. 15 do Código Civil Brasileiro, de 1916³², que consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva. Entretanto, a demonstração de culpa do agente público por parte da vítima era de difícil comprovação, pelo fato dela se encontrar em situação de inferioridade em relação ao ente estatal, e por isso, muitos vezes não era contemplada com a reparação dos danos.

O estágio seguinte na evolução da teoria da responsabilidade do Estado consiste no surgimento das teorias publicistas, que abrangem a teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e a teoria do risco.

Na segunda metade do século XIX, o reconhecimento da responsabilidade do Estado teve por marco relevante o famoso aresto Blanco, do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873, na qual um francês promoveu ação civil de indenização contra o Estado, após sua filha ter sido colhida por um vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo após atravessar a rua da cidade de Bordeaux. O

³¹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 788.

³² “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano”.

autor requereu que o Estado fosse condenado a reparar os prejuízos causados a terceiros, em decorrência da ação danosa de seus agentes, suscitando o conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo. No julgamento da lide, entendeu-se que a responsabilidade do Estado “não é nem geral, nem absoluta”, não podendo ser regida pelo direito comum, devendo ser regulada por regras especiais.

Conforme Maria Sylvia Zanella di Pietro, a teoria da culpa do serviço (também chamada de culpa administrativa ou teoria do acidente administrativo) procura desvincular a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário, adotando-se a culpa do serviço público:

Distingua-se, de um lado, a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e, de outro, culpa anônima do serviço; nesse caso, o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal; incide, então, a responsabilidade do Estado³³.

A evolução da responsabilidade subjetiva na culpa do agente para a subjetiva na culpa do serviço surge para proteger a vítima, facilitando o conjunto probatório já que o prejudicado não mais precisa apontar o agente público responsável. Segundo essa teoria, o Estado responde desde que o serviço público não funcione, quando deveria, ou funcione, porém atrasado, e até mesmo nas hipóteses em que funcione mal.

O Conselho Francês passou a adotar, ao lado da teoria da culpa do serviço, a teoria do risco, com fundamento no art. 13 da Declaração de Direitos do Homem, de 1789³⁴ e no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais:

O princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público³⁵.

A teoria do risco administrativo avança no sentido da publicação da responsabilidade e coletivização dos prejuízos, fazendo surgir a obrigação de indenizar o dano em razão da simples ocorrência do ato lesivo, sem se perquirir a falta do serviço ou da culpa do agente.

³³ DI PIETRO, 2015, p. 789.

³⁴ “para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”.

³⁵ DI PIETRO, op. cit., loc. cit.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

O ponto extremo da responsabilidade do Estado e para o qual vai a caminho é a teoria do risco social, segundo cujos termos esta se promove mesmo com relação a danos não imputáveis à ação do Poder Público. Consoante, Laubadère, aplica-se no Direito francês apenas “dans de cadre de certaines législations particulières, Le cās typique étant celui dēs dommages de guerre”.³⁶

Para o autor, a teoria é a expressão concreta do princípio da igualdade, em virtude de conferir uma repartição da responsabilidade do resultado danoso causado a terceiro, de maneira que evita que alguns suportem o prejuízo decorrente da atividade pública realizada em prol do interesse de toda a sociedade.

A teoria do risco está ligada, portanto, a ideia de responsabilidade objetiva do Estado, já que se baseia na ideia de que a atuação estatal envolve um risco de dano que lhe é inerente, prescindindo da averiguação de culpa.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, a:

Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.³⁷

No que tange ao tema, assim se manifesta o autor:

No que atina às condições para engajar responsabilidade do Estado, seu posto mais evoluído é a responsabilidade objetiva, a dizer, independente de culpa ou procedimento contrário ao Direito. Essa fronteira também já é território incorporado, em largo trecho, ao Direito contemporâneo. Aliás, no Brasil, doutrina e jurisprudência, preponderantemente, afirmam a responsabilidade objetiva do Estado como regra de nosso sistema, desde a Constituição de 1946 (art.194), passando pela Carta de 1967 (art.105), pela Carta de 1969, dita Emenda 1 à `Constituição` de 1967 (art. 105), cujos dispositivos, no que a isto concerne, equivalem ao atual art. 37, §6º.³⁸

Pela teoria objetiva, o Estado é obrigado a reparar o dano causado a outrem se de sua conduta resultou um dano a terceiro, independente de demonstração de culpa ou dolo.

Para o autor Hely Lopes Meirelles, a teoria do risco compreende duas modalidades: a do risco administrativo e a do risco integral. A diferença entre elas consiste que enquanto a teoria do risco administrativo admite as causas excludentes da responsabilidade do Estado (culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior), o

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1027.

³⁷ Ibid., p. 1031.

³⁸ Ibid., p. 1026-1027.

mesmo não é admitido pela segunda modalidade³⁹.

Em entendimento contrário, Yussef Said Cahali discorda do autor, destacando que:

A distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção⁴⁰

Dessa forma, em que pese existir diferentes denominações para essas teorias, o importante é que todos concordam que a responsabilidade objetiva traduz na ideia de averiguar se o resultado danoso tem conexão com a atividade prestada pelo Estado, independente de sua culpa, bem como concordam que em algumas situações, tal responsabilidade pode ser mitigada e ainda excluída (causas excludentes de responsabilidade do Estado).

A teoria da responsabilidade objetiva foi reconhecida no Brasil desde a Constituição de 1946, em seu art. 194, o qual dispunha que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”, dispondo em seu parágrafo único que “cabem-lhes a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”. Percebe-se, portanto, que tal dispositivo contempla ao mesmo tempo a teoria da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do funcionário.

Hoje, a responsabilidade objetiva do estado é regra no país, sendo acatada como padrão a teoria do risco administrativo, e encontra-se prevista no art. 37, §6º, da CF/88, que dispõe:

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.⁴¹

Contudo, a doutrina e jurisprudência reconhecem certas hipóteses em que

³⁹ MEIRELLES apud DI PIETRO, 2015, p. 790.

⁴⁰ CAHALI apud DI PIETRO, op. cit., loc. cit.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2012.

podemos compatibilizá-la com a teoria subjetiva, de modo que atualmente subsistem as duas teorias de forma harmônica⁴².

3.2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO

A Constituição Federal de 1988 dispõe no art. 37, §6º que:

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.⁴³

Nessa senda, a Carta Magna de 1988 orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a teoria da responsabilidade objetiva da Administração Pública, na sua modalidade do risco administrativo.

Na mesma linha, o Código Civil consagra a responsabilidade objetiva estatal no art.43, numa redação bastante parecida com o art.37, §6º da CF, vejamos:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.⁴⁴

Ainda assim, muito se discute a respeito da aplicação ou não do art. 37, §6º⁴⁵, da Constituição Federal às hipóteses de condutas omissivas do Estado.

Atualmente, a doutrina dominante reconhece a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva em relação ao comportamento omissivo estatal, surgindo o dever do Poder Público indenizar o terceiro prejudicado, mediante averiguação de dolo ou culpa, admitindo-se a aplicação da modalidade de culpa no serviço, que se caracteriza quando comprovado que o serviço não foi prestado ou foi prestado de maneira insuficiente ou atrasada.

A corrente que defende a aplicação da responsabilidade subjetiva nos casos de conduta omissiva do Poder Público é composta por doutrinadores como José

⁴² Cf. MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 966.

⁴³ BRASIL, 1988.

⁴⁴ Id. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002a. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

⁴⁵ Art. 37, §6º, da CF: “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.”

Cretella Júnior, Yussef Said Cahali, Álvaro Lazarrini, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sílvia Zanella Di Pietro⁴⁶.

Para Fernanda Marinela, “o Estado não pode ser responsável pelas faltas do mundo, não pode ser tratado como anjo da guarda ou salvador universal, por isso os limites são necessários”⁴⁷, razão pela qual defende a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva nessas hipóteses omissivas.

Assim, a chave fundamental para identificar a procedência da responsabilidade estatal por ato omissivo está diretamente relacionada a possibilidade que a Administração Pública possuía para impedir o dano, porém não agiu conforme se esperava. Ou seja, deve-se ponderar a respeito da possibilidade de agir do Poder Público, atentando-se para os casos de condutas que sejam exigíveis pelo Estado, e ao mesmo tempo possíveis:

Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. [...] Em síntese: se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.⁴⁸

Dessa forma, aqueles que defendem a tese da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão entendem que existe uma presunção de culpa do Poder Público, devendo o Estado provar que agiu com diligência, através da utilização dos meios adequados e possíveis, no entanto, se o dano aconteceu foi porque a atuação estatal estava além do que se poderia exigir do Estado. Se o ente público lograr demonstrar essa situação, será isento da responsabilidade.

Por outras palavras, a omissão deve ser *antijurídica*, ou seja, deve resultar do descumprimento de um dever legal, ponderando-se a cada caso concreto se o Estado possuía o dever e a possibilidade de agir⁴⁹.

Entretanto, há doutrinadores, a exemplo de José dos Santos Carvalho Filho, que defendem que a aplicação da teoria subjetiva nas omissões não tem respaldo

⁴⁶ Cf. DI PIETRO, 2015, p. 797.

⁴⁷ MARINELA, 2012, p. 973.

⁴⁸ MELLO, 2015, p. 1041-1042.

⁴⁹ Cf. RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston Mamede; ROCHA, Maria Vital.

Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011, p. 413.

constitucional, conforme assim escreveu em sua obra:

Queremos deixar claro, no entanto, que o elemento marcante da responsabilidade extracontratual do Estado é efetivamente a responsabilidade objetiva; daí não se nos afigurar inteiramente correto afirmar que, nas condutas omissivas, incidiria a responsabilidade subjetiva. A responsabilidade objetiva é um plus em relação à responsabilidade subjetiva e não deixar de subsistir em razão dela; além do mais, todos se sujeitam normalmente à responsabilidade subjetiva, porque essa é a regra do ordenamento jurídico. Por conseguinte, quando se diz que nas omissões o Estado responde somente por culpa, não se está dizendo que índice a responsabilidade subjetiva, mas apenas que se trata da responsabilização comum, ou seja, aquela fundada na culpa, não se admitindo então a responsabilização sem culpa.⁵⁰

Por sua vez, Flávio de Araújo Willeman destaca que:

Não há mais espaço para sustentar a responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas de direito público, baseada na culpa. Não fosse pela ausência de norma legal neste sentido, mas também em razão de regras explícitas e específicas em sentido contrário, que determinam a incidência da responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco administrativo.⁵¹

Dessa forma, sustenta o autor que a aplicação da responsabilidade subjetiva do Estado em relação aos danos decorrentes de atos omissivos carece de qualquer respaldo legal, primeiro, pois não há norma expressa nesse sentido, e segundo porque o art.37, §6º da CF é cristalino em pontuar a sua responsabilidade objetiva, sendo tal entendimento consagrado no art. 43 do Código Civil. Pontua ainda o autor que o referido dispositivo constitucional abrange tanto a conduta comissiva como a omissiva, bem como esclarece que a responsabilização objetiva do Poder Público não implica o dever de indenizar toda e qualquer situação que configure a omissão estatal, já que “o Estado não pode ser concebido como um segurador universal de todos os males ocorridos na sociedade”⁵², devendo-se buscar o nexo de causalidade e a consequente obrigação de indenizar.

Do mesmo lado, também há controvérsia na jurisprudência acerca da responsabilidade subjetiva ou objetiva em caso de omissão do Poder Público, inclusive o STF possui acórdãos nos dois sentidos: pela responsabilidade objetiva, citem-se os acórdãos da 1ª Turma, proferidos no RE-109.615-2-RJ, tendo como Relator o Ministro José Celso de Mello (j.28-5-96, v.u.), e RE-170.014-9-SP, sendo Relator o Ministro Ilmar Galvão (j. 31-10-97, v.u.). Pela responsabilidade subjetiva,

⁵⁰ CARVALHO FILHO apud MARINELA, 2012, p. 972.

⁵¹ WILLEMANN apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 184.

⁵² Ibid., loc. cit.

os acórdãos da 2ª Turma, proferidos no RE-180.602-8-SP, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio (j. 15-12-1998, v.u.) e RE -170.147-1-SP, sendo relator o Ministro Carlos Velloso (j.12-12-97,v.u)⁵³.

Com efeito, no julgamento do RE 109.615-RJ, referente a acidente ocorrido nas dependências de escola municipal, por omissão da administração em evitar que uma criança atingisse o olho de sua colega durante o recreio, assim proclamou o Ministro Celso de Mello:

A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares [...] (STF - RE n. 109.615-2, Rio de Janeiro, rel. Min. Celso de Mello).

Já em julgamento diverso, o STF entendeu inexistir responsabilidade civil do Estado por dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido, proclamando que:

A prática de homicídio por preso em regime semiaberto, há muito tempo foragido, não gera a responsabilidade do Estado em reparar o dano, se não restar comprovada a falha, na vigilância dos detentos, que tenha propiciado a fuga (STF, RT, 758:126).

Em tópico posterior, veremos que o STF, no julgamento da ADC nº 16, aplicou a teoria subjetiva quanto à responsabilização do Estado pelos atos omissivos que causem danos a terceiros, ao decidir que a Administração Pública somente responderá pelas verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa contratada, desde que comprovada a sua culpa no dever de fiscalização.

3.3 RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TERCEIRIZANTE: A CONTROVÉRSIA ACERCA DA SÚMULA Nº 331 DO TST E A PREVISÃO DO ART. 71 §1º, DA LEI DE LICITAÇÕES

Nos últimos anos, houve um aumento significativo da contratação de empresas interpostas no âmbito público, no intuito de equacionar gastos e ampliar a eficiência

⁵³ Cf. DI PIETRO, 2015, p. 799.

do Estado, e junto com ele verificou-se a multiplicação de demandas trabalhistas tendo por escopo a quitação pelo Estado de créditos não satisfeitos pelas terceirizadas.

Em que pese existirem alguns instrumentos normativos disciplinando aspectos da terceirização no setor público, a exemplo do Decreto-lei nº 200/67 e Lei nº 5.645/70, tais regramentos não esgotam todas as particularidades envolvendo o complexo tema, em especial no que tange a responsabilidade da Administração Pública, havendo, portanto, uma brecha legislativa que forçou a Justiça do Trabalho a se debruçar sobre o assunto, a fim de solidificar a sua jurisprudência, dando uma resposta às demandas submetidas sob sua apreciação.

Cabe recordar que, em 1994, o TST editou a Súmula nº 331, em substituição ao antigo Enunciado nº 256, composta originariamente de 4 itens, sendo o tema da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços destacado no item IV, não havendo menção expressa aos órgãos e entidades da Administração Pública.

Embora o tema já tenha sido abordado anteriormente nesse trabalho, forçoso relembrar a redação originária do referido item IV, da Súmula nº 331:

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

Nesse contexto, em razão do aumento de lides trabalhistas envolvendo pedidos de condenação do Estado em sede de terceirização, e em observância dos princípios protetivos do trabalho, bem como do caráter alimentar dos créditos trabalhistas, a jurisprudência dessa Justiça Especializada se inclinou para a aplicação da responsabilidade subsidiária do ente público, nos termos previstos no item IV da Súmula nº 331, ainda que sua redação fosse silenciosa quanto à incidência normativa em relação a essas entidades.

Para melhor adequar sua jurisprudência, o Plenário do TST, por meio da Resolução nº 96, de 11 de setembro do ano de 2000, deu nova redação ao inciso IV da súmula, passando a prever expressamente a possibilidade dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta de responderem subsidiariamente pelas verbas trabalhistas em sede de terceirização.

Assim, o que o TST fez foi nada mais que constar expressamente algo que já

vinha sendo decidido reiteradamente pelos magistrados trabalhistas no campo processual, mesmo antes da nova redação do inciso IV, despertando críticas dos órgãos de representação jurídica da Fazenda Pública para os quais a Justiça do Trabalho estaria declarando implicitamente a inconstitucionalidade de dispositivo legal, em violação à cláusula de reserva do plenário, usurpando da competência exclusiva do STF.

Vê-se que a partir daí, a controvérsia a respeito da responsabilidade civil do Estado nas terceirizações reside na convivência concomitante entre dois instrumentos normativos apontados como contraditórios entre si: de um lado, o art. 71, §1º da Lei de Licitações, e do outro, a previsão da Súmula nº 331 do TST.

A evolução do tratamento jurisprudencial sobre o tema, em especial, as mudanças operadas na Súmula 331, do TST, foram objeto de análise do tópico 2.2 dessa monografia, concentrando-se o presente ponto na controvérsia jurídica que se operou no período compreendido entre a nova redação do item IV, dada pela Resolução nº 96, no ano de 2010, até o momento que antecedeu a interposição da ação declaratória de constitucionalidade tombada sob o nº16.

Como visto, a questão acerca da responsabilidade subsidiária do Estado, nas situações em que a empresa terceirizada não efetua os pagamentos de seus trabalhadores, gerou acirrado debate no mundo jurídico com diferentes posicionamentos a respeito do tema.

Os entes da Administração Pública Direta e Indireta sempre defenderam a impossibilidade de responsabilização do Estado pelas verbas trabalhistas em sede de terceirização, posicionando-se contra o entendimento preconizado na Súmula nº 331, na redação dada pela Resolução nº96, de 11.09.2000, que fez constar expressamente, em seu item IV, que a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços abarcava também os órgãos da Administração direta e indireta.

Segundo argumentavam, a Constituição Federal estabelece no art. 37, XXI a obrigatoriedade de licitação prévia na contratação de prestação de serviços pela Administração Pública. A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), por sua vez, prevê expressamente no §1º do art.71 que não haverá transferência para a Administração Pública das obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa terceirizada, leia-se:

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

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. *(Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).*⁵⁴

A justificativa do dispositivo se fundamenta em razão da própria legislação trabalhista atribuir ao empregador a responsabilidade de arcar com os encargos de seus empregados, de tal forma que o ente público, nas terceirizações, não possui qualquer vínculo com os trabalhadores que prestam o serviço, sendo, portanto, desobrigado a arcar com o seu pagamento, o qual fica a cargo de seu real empregador.

Aliás, uma comparação hermenêutica entre os parágrafos 1º e 2º do art.71 revela a intenção do legislador em resguardar o interesse público, protegendo o erário que só responderia na hipótese ressalvada no §2º, qual seja, em relação aos encargos previdenciários, não constando, pois, nenhum permissivo legal quanto ao passivo trabalhista:

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. *(Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)*

Para os representantes jurídicos da Fazenda Pública, tal conclusão não podia ser diferente face à obrigatoriedade de aprovação em concurso público, expressa no art.37, II, CF/88, levando ao raciocínio segundo o qual a forma rotineiramente decidida pela Justiça do Trabalho atribuía ao ente estatal uma responsabilidade exclusiva e direta própria de um empregador, reconhecendo, ainda que implicitamente, a existência de relação de trabalho direta com o ente público, malferindo, portanto, os ditames constitucionais.

Outrossim, afirmavam que as decisões proferidas pelos órgãos trabalhistas sobre o tema subvertiam o sistema da hierarquia das normas jurídicas brasileiras, já que entendimentos sumulados pelo Poder Judiciário nunca poderiam se sobrepor à supremacia da lei, ou seja, a superioridade do precedente legal materializado no art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 deve prevalecer diante da Súmula nº 331, do TST.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 22 mar. 2012.

Sustentavam, ainda, que, na hipótese de não acolhimento dos argumentos elucidados, eventual condenação do ente público só seria cabível na modalidade subsidiária, e desde que respeitado o benefício de ordem, ou seja, quando já executados, primeiramente, todos os bens da real empregadora e, se for o caso, dos seus sócios (pela aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica), de modo que o erário só responderia pelo remanescente, se restasse passivo trabalhista não quitado.

Ademais, eventual condenação, segundo a Fazenda Pública, somente seria possível se limitada ao período de efetiva prestação de serviço, e desde que excluídas verbas rescisórias, tais como aviso prévio, adicional de 40% do FGTS, multas do art.467 e art.477, §8º, dobra salarial, obrigações de fazer, dentre outras, tendo em vista a ausência do fato gerador por tratarem de verbas decorrentes da rescisão, ou seja, quando sequer havia relação contratual entre Administração e empresa fornecedora de mão de obra. Na hipótese específica das multas, apontavam: a) a violação ao princípio da intransmissibilidade das penas (art.5º, XLV); b) a ausência de natureza de contraprestação salarial; c) a impossibilidade de aplicação desses dispositivos ao ente público em razão da previsão constitucional de pagamento na ordem cronológica de apresentação dos precatórios, conforme art.100, CF, o que, por si só, afasta a mora; d) os representantes judiciais dos entes públicos não são autorizados a celebrar acordos em audiências, tampouco pagar parcelas incontroversas, em razão de lidar com bens públicos indisponíveis e em atenção a previsão do art.100 que condiciona a satisfação dos créditos através de precatório ou requisição de pequeno valor; e por fim, e) que a existência de prazos processuais dilatados, em virtude do volume de trabalho existente nas procuradorias, acarreta, por consequência, uma maior demora no pagamento de seus débitos.

Some-se a isso o fato da Administração Pública direta e indireta não possuir poder de ingerência sobre os negócios da empresa contratada, não havendo, pois, como verificar o devido cumprimento das obrigações trabalhistas por parte desta última, mormente quando boa parte das demissões ocorrem quando já findado o correspondente contrato de terceirização. Aliás, essa seria a causa apontada como a *mens legis* do supracitado art.71, §1º.

Nessa esteira de argumentos, consta a crítica em relação às condenações

baseadas em suposta culpa *in elegendo*, sendo, na visão dos entes públicos, desarrazoada a imputação de culpa, já que durante a seleção da proposta mais favorável inexistiu margem de escolha para a Administração, a qual segue estritamente os procedimentos da lei, praticando, portanto, ato administrativo vinculado, não havendo o que se falar em “má escolha” pela Administração, pois esta, em verdade, nada escolhe, mas tão somente acata o que a lei manda.

Por fim, aponta que o art.37, §6º, CF, não pode servir de fundamento para condenação do estado em sede de terceirização, posto que tal dispositivo constitucional trata da responsabilidade objetiva por danos causados a terceiros por agente públicos no desempenho de suas atribuições, enquanto que, nas lides discutidas em juízo, se observa que o agente causador do prejuízo aos trabalhadores é, na verdade, a própria empresa privada.

Em contrapartida, juízes trabalhistas de primeiro grau fundamentavam suas decisões com base na Súmula nº331, do TST, reconhecendo a responsabilidade subsidiária do estado, nos termos do item IV, na redação dada pela Resolução nº96, de 11.09.2000, sendo o pronunciamento judicial mantido pelas instâncias superiores quando da apreciação dos recursos interpostos pela parte vencida.

Para a maior parcela desses magistrados, a aplicação literal do art.71, §1º da Lei de Licitações comprometeria todo o sistema laboral protetivo construído ao longo de décadas e abraçado pela nova ordem constitucional de 1988, devendo os operadores do direito se valer de uma releitura do dispositivo a fim de compatibilizá-lo com o ordenamento jurídico como todo, privilegiando o método hermenêutico sistemático em detrimento de técnicas de interpretação literal e gramatical, sob pena de se extrair um valor jurídico discrepante em relação ao conjunto principiológico e normativo vigente.

Nessa senda, se de um lado os órgãos de representação jurídica da Fazenda Pública sustentavam a supremacia da lei sobre entendimentos sumulados de tribunais, de outro há de se esclarecer que a responsabilidade do estado nessas situações em comento não decorre tão somente do item IV, da Súmula nº 331 do TST, mas sim diretamente do próprio sistema normativo brasileiro, em especial das normas e princípios de proteção do trabalhador, elevados a mais alta categoria de direitos fundamentais. Isso porque princípios como da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho foram elencados pelos incisos III e IV do art.1º da

CF/88 como fundamentos da República Federativa do Brasil, devendo ser concretizados no plano fático, sob pena de afrontar o próprio Estado Democrático de Direito. Ademais, não há que se falar em superioridade da lei perante princípios, isso porque é pacífico o reconhecimento de força normativa destes últimos, encontrando-se ambos no mesmo patamar de valoração jurídica. Nesse ponto, importante salientar as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a violação a um princípio causa danos mais drásticos do que a própria transgressão a regra:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.⁵⁵

Em defesa de seus argumentos, a Justiça do Trabalho salienta que se houve inadimplemento reiterado da prestadora de serviços implica concluir que a Administração Pública foi complacente com tal comportamento vicioso, agindo com culpa na contratação, já que a lei de licitações expressamente prevê a exigência de documentos que atestem a idoneidade econômica, justamente para se verificar se a licitante é pontual em arcar seus compromissos financeiros, ou então incorreu em omissão no seu dever fiscalizatório ao longo da relação contratual, hipóteses que configuram, respectivamente a culpa *in elegendo*, e *in vigilando*⁵⁶. Ou seja, para a Justiça Especializada, num primeiro momento, a culpa era presumida por ser consequência lógica da falha da Administração em seu dever de licitar, e especialmente de fiscalizar o contrato.

Além dos fundamentos já expostos, a justiça laboral acolhia também a aplicação no caso concreto da teoria do risco administrativo, com base no art.37, §6º, CF, segundo o qual 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. Segundo seu entendimento,

⁵⁵ MELLO apud ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2855>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

⁵⁶ Veremos adiante que a presunção de culpa em razão do mero inadimplemento da terceirizada foi declarada inconstitucional pelo STF, em controle abstrato de constitucionalidade, motivando o TST a reformular a sua jurisprudência. No entanto, isso é tema de capítulo específico dessa monografia, por ora, basta ter em mente as práticas cotidianamente adotadas pela Justiça do Trabalho no momento que precedeu o julgamento da ADC nº16.

mesmo nos casos em que a ação danosa não decorre diretamente de ato praticado por agente do Estado, é possível sua responsabilização quando verificado que ele concorreu com o dano, especialmente diante de sua omissão, existindo, inclusive, decisões na doutrina e jurisprudência admitindo ser possível compatibilizar condutas omissivas com a responsabilidade objetiva do estado.

Por fim, para os juízes laborais, isentar o ente público de qualquer responsabilidade nas hipóteses de frustração de créditos trabalhistas por empresas contratadas implicaria na conivência pelo Poder Judiciário de situações de manifesto abuso de direito, especialmente quando se tem em vista que a Administração se beneficiou da força de trabalho despendida.

Em resumo, para a Justiça do Trabalho, o ente estatal deve ser responsabilizado subsidiariamente pelos encargos trabalhistas não pagos pela empresa terceirizada, de forma a garantir a efetivação dos princípios de proteção e valorização do trabalho, em especial quando vislumbrado o caráter alimentar dos créditos trabalhistas.

Verifica-se, pois, que por muitos anos perdurou essa batalha jurídica na qual, de um lado, representantes legais do Estado pugnavam pela declaração de inconstitucionalidade da Súmula nº 331, do TST (redação dada no ano de 2000), sobretudo o item IV que tratava especificadamente dos órgãos e entes da administração direta e indireta, de outro lado, a Justiça do Trabalho sustentava firmemente sua jurisprudência, complementando com outros sustentáculos jurídicos extraídos, especialmente, dos princípios constitucionais do trabalho.

Diante desse cenário conturbado e ante a controvérsia judicial relevante envolvendo a aplicação do art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93, o Governador do Distrito Federal ajuizou ADC nº 16, no ano de 2007, solicitando pronunciamento final do Supremo, a fim de encerrar a discussão instalada.

4 DOS JULGAMENTOS DO STF E SUA REPERCUSSÃO NA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

4.1 BREVE HISTÓRICO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE nº 16

Em 07 de março de 2007, o Governador do Distrito Federal, por meio de sua procuradoria jurídica, ajuizou a ação declaratória de constitucionalidade tombada sob o nº 16, com pedido liminar, em face do art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93, sendo distribuída para a relatoria do Ministro Cezar Peluso.

Em sua peça inicial, preliminarmente, explicitou a satisfação dos requisitos processuais da legitimidade ativa (art.103, V, CF/88), e da pertinência temática, a qual se encontra materializada na controvérsia judicial em torno de preceito normativo aplicável a todos os entes políticos, causando insegurança jurídica na rotina das licitações e prejudicando a eficiência da máquina administrativa.

Destacou, ainda, a presença dos requisitos de cabimento, quais sejam, a existência de controvérsia judicial, revelada diante das inúmeras decisões conflitantes sobre o tema, bem como a indicação de ato normativo federal, enquadrando-se no objeto reservado para esse tipo de ação, conforme preceitua o art.102, I, b da CF/88.

Há de se esclarecer que, por meio da presente ação, instaura-se um controle abstrato e concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, cuja presunção de constitucionalidade esteja abalada em razão de decisões discrepantes no judiciário, solicitando da Suprema Corte decisão final, afastando a incerteza jurídica, sendo dotada de efeito *erga omnes* e vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração direta e indireta de todas as esferas de governo.

No que toca ao mérito, o Governador do Distrito Federal alegou que:

A norma objeto da presente ação declaratória de constitucionalidade, a despeito de sua constitucionalidade evidente, tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no art. 71, §1º da Lei Federal nº8.666/93. Nesse sentido, o TST

fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a Indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado [...]⁵⁷

Suscitou, em suas razões, que o incidente de uniformização de jurisprudência, realizado no dia 11.09.2000, no âmbito do TST, que deu origem a redação do inciso IV do Enunciado nº 331, se baseou em suposta responsabilidade objetiva, amparada na teoria do risco integral por aplicação do art.37, §6º da CF, entretanto, tal entendimento estaria equivocado, a uma, porque não haveria dano causado diretamente por agente públicos, o que por si só afastaria a incidência do preceito constitucional, e em segundo lugar, pois tal responsabilidade está relacionada à teoria do risco administrativo, que admite excludentes de responsabilidade, em especial a culpa exclusiva de terceiros.

Em sua defesa, rememorizou que, diferentemente do particular, a atividade da Administração Pública é guiada pelo princípio da estrita legalidade, segundo o qual somente poderá agir conforme os ditames da lei, inclusive quanto sua atuação na fase de averiguação da habilitação jurídica das empresas candidatas no certame licitatório. Assim, tendo em vista ser o processo licitatório uma sequência concatenada de atos vinculados, deve a entidade licitante exigir os documentos de comprovação de habilitação jurídica e capacidade econômica taxativamente listados na Lei nº 8.666/93, não restando margem de liberdade na cobrança de documentos inéditos, ou seja, soa desarrazoado puni-la por não ter exigido documentos de comprovação de regularidade trabalhista sendo que a própria lei assim não o exigia, de modo que uma atitude ativista do Poder Público nesse sentido configuraria atuação contrária ao princípio da estrita legalidade⁵⁸.

Desta forma, se a lei federal, editada por representantes eleitos pelo povo, dotada, pois, de força democrática, não prevê mecanismos de fiscalização pelo estado dos compromissos sociais arcados pela contratada, não seria razoável que tal dever fosse imposto por enunciado de súmula de jurisprudência dominante de

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 16/DF – Distrito Federal**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Autos eletrônicos, p.3. Disponível em: <41TTP://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2497093>. Acesso em: 20 jul.2017.

⁵⁸ Lembrando que a previsão da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), objeto de estudo nas próximas páginas, foi inserida tanto na CLT quanto na Lei de Licitações pela Lei nº 12.440/11, ou seja, à época da tramitação da presente ADC nº 16, ainda não existia no mundo jurídico, daí a argumentação do ente público.

qualquer Tribunal Superior, que sequer dispõe de um mínimo de legitimidade social para criar normas abstratas de intervenção na esfera de liberdade alheia, usurpando de função típica dos membros do Poder Legislativo.

Nessa toada, acrescenta que embora a Justiça do Trabalho atue, com a melhor das intenções, quais sejam, proteger o trabalhador hipossuficiente, sua atividade não pode ser realizada ao arrepio da lei, sob pena de afrontar o próprio legislador positivo, negando vigência ao art. 71, §1º, cuja textualidade é clara ao desvincular o erário das dívidas laborais de empresas terceirizadas contratadas.

Ademais, o ente público acrescenta não ser proporcional exigir do Estado a fiscalização individualizada de todas as carteiras de trabalho (CTPS) de todos os trabalhadores vinculados a todas as empresas com quem a Administração mantém contrato, verificando pagamento de adicionais, férias, aviso prévio, dentre outras obrigações impostas pela CLT e leis especiais, mormente quando se tem em vista que tais sujeitos não dispõem de poder de ingerência sobre a estrutura interna das empresas terceirizadas. Tal exigência transformaria a empresa prestadora de serviços em mera pessoa interposta, descaracterizando a terceirização.

Para o autor da demanda, responsabilizar o Poder Público por passivo trabalhista não quitado pelo real empregador revela-se como medida não pedagógica, pois estimularia a negligência das contratadas, agora despreocupadas já que, na sua omissão haveria quem se desincumbisse de seus compromissos financeiros, ocasionando, na prática, um efeito reverso do pretendido pelos Tribunais do Trabalho, contribuindo para agravar a condição de miserabilidade dos trabalhadores terceirizados.

Para encerrar as principais alegações colacionadas nos autos, o autor lembra ainda que os órgãos e entidades da Administração direta e indireta são constrangidos a pagar em duplicidade pelo mesmo fato gerador, primeiro, quando da quitação da fatura pelos serviços prestados, e segundo, quando obrigados por decisões judiciais proferidas por juízes do trabalho em aplicação da responsabilidade subsidiária ao ente público, sendo, portanto, tão vítimas quanto os trabalhadores. Aliás, ao privilegiar direitos fundamentais dos trabalhadores, a Justiça do Trabalho não equaciona o impacto negativo de seus pronunciamentos nos cofres públicos, prejudicando a concretização de direitos sociais constitucionais que beneficiariam não só um grupo restrito de pessoas mas toda a coletividade, como a

construção de escolas, hospitais e centros de lazer, mas que infelizmente serão adiados, já que o dinheiro público necessário para subsidiá-los está financiando débitos de empresas privadas. Assevera, por fim, que o Estado não tem o papel de “segurador universal da humanidade”.

Ainda nos termos da inicial, pede a concessão de medida liminar, para determinar que:

[...] os juízes e Tribunais suspendam imediatamente todos os processos que envolvam a aplicação do inciso IV, do Enunciado nº 331, do TST, até o julgamento definitivo da presente ação, ficando impedidos de proferir qualquer nova decisão, a qualquer título, que impeça ou afaste a eficácia do artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93; e suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos de quaisquer decisões, proferidas a qualquer título, que tenham afastado a aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93 ou que tenham aplicado o inciso IV, do Enunciado nº 331, da Súmula de jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho ⁵⁹.

Nessa senda, diversos entes federativos brasileiros requereram ingresso na condição de *amici curiae*, no intuito de pluralizar o debate constitucional, manifestando aderência aos argumentos já expostos na inicial, bem como acrescentaram outros subsídios fáticos e jurídicos, a seguir expostos em apertada síntese: a) a controvérsia em torno da presunção de constitucionalidade do art.71, §1º, *sub examine*, traz insegurança jurídica aos entes políticos de todas as esferas de governo, por estarem abrangidos pelo campo de incidência da Lei nº 8.666/93, daí sua legitimação processual; b) condenações na forma operada pela Justiça do Trabalho implicam no despendimento de recursos públicos vultuosos sem qualquer previsão orçamentária; c) a ausência da participação de representantes da administração pública na homologação de rescisões contratuais reforçaria o afastamento de responsabilidade por multas e verbas indenizatórias; d) o acórdão que deu origem ao incidência de uniformização de jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96 revela que o TST confundiu as diversas modalidades de responsabilização, misturando a responsabilidade subsidiária com a objetiva, ao condenar os entes públicos com base na responsabilidade objetiva do art.37, §6º, ou seja, independente de culpa, fundamentando suas sentenças, no entanto, com base na culpa *in elegendo* ou *in vigilando*, o que demonstra uma grande contradição. Segue esclarecendo que, em verdade, o artigo constitucional trata da

⁵⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade nº 16/DF – Distrito Federal.** Relator: Ministro Cezar Peluso. Autos eletrônicos, p.22-23. Disponível em: <43TTP://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2497093>. Acesso em: 20 jul. 2017.

responsabilidade patrimonial, extracontratual ou aquiliana do Estado, inaplicável nos casos de terceirização, nos quais há um contrato, havendo, portanto, que se aplicar a responsabilidade contratual prevista na Lei nº 8.666/93.

A título de informação, funcionaram como *amici curie* os estados de Goiás, Amazonas, Alagoas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Rondônia, São Paulo, Sergipe, Tocantins; os municípios de Arco Verde/PE, Belém/Pará, Belo Horizonte/MG, Boa Vista/RR, Goiânia/GO, Juiz de Fora/MG, Jundiaí/SP, Recife/PE, Rio de Janeiro/RJ, Santo André/SP, São Paulo/SP; e a União.

Aproveitando o ensejo, a União, ao intervir como *amicus curiae*, aponta interessante comparação entre os efeitos de duas situações diferentes em que há apropriação da força de trabalho pelo ente público, sendo a primeira uma contratação direta e a segunda, uma contratação indireta por terceirização, resultando, entretanto, em conclusões no mínimo curiosas da jurisprudência trabalhista. É que enquanto a Súmula nº 363 defere apenas o pagamento de FGTS e saldo salarial nos contratos diretos de prestação de serviços, viciados pela nulidade em razão da não prestação do concurso público, por outro lado, a Súmula nº 331 impõe o pagamento de todas as verbas trabalhistas a funcionários que sequer mantém relação com o Estado. Ou seja, trata-se com mais benevolência a má fé do Estado, quando atua contrário à regra constitucional do inciso II, art.37, CF/88, e, reversamente, pune-se sua boa fé, quando contrata nos ditames da lei licitatória, assumindo os erros praticados por particulares, com o qual não concorreu para o evento danoso.

Na sequência, por decisão monocrática, o relator, ministro Cezar Peluso, indeferiu o pedido liminar, em razão da complexidade da causa de pedir em que se fundava a pretensão. O TST, ao seu turno, prestou informações esclarecendo que a jurisprudência do tribunal em nenhum momento declarou a inconstitucionalidade do artigo de lei, ademais, a controvérsia suscitada restringia-se ao âmbito infraconstitucional, não sendo passível de ser objeto da presente ação. Em seguida, abriu-se vista dos autos ao Procurador Geral da República, que, por sua vez, opinou pela improcedência do pedido, sob argumento fundamental de que “não foi trazido aos autos qualquer indício de que o §1º do art.71 da Lei nº 8.666/93, tenha sido sua

constitucionalidade verdadeiramente contestada”⁶⁰.

Feitas as considerações iniciais, passa-se ao julgamento da ação declaratória de constitucionalidade em sessão plenária.

4.2 DA DECISÃO DO STF NA ADC nº 16

Em 10 de setembro de 2008, iniciada a sessão de julgamento, o ministro relator Cezar Peluso proferiu seu voto, julgando o autor carecedor da ação, por falta de interesse de agir, por não reconhecer dissenso judicial em torno da norma apontada, pois, na sua convicção, as ementas dos diferentes Tribunais Regionais do Trabalho colacionadas aos autos demonstravam que a jurisprudência do TST não se baseava na inconstitucionalidade do art. 71, §1º, mas na apreciação dos fatos do caso concreto, sobretudo do comportamento da administração, redundando em matéria infraconstitucional.

Elucidou ser a discussão inútil, na medida em que mesmo se a Suprema Corte reconhecesse a constitucionalidade da norma, nada afetaria o teor das decisões proferidas na Justiça do Trabalho, pois elas são calcadas não na inconstitucionalidade do artigo de lei *sub examine*, mas no exame de circunstâncias fáticas, subsistindo, ainda assim, o enunciado da Súmula nº 331.

Entretanto, na sessão plenária de 24 de novembro de 2010, em razão dos argumentos levantados pelos demais ministros que reconheceram a natureza constitucional da matéria e, em especial, da conveniência em se adentrar ao mérito do tema em razão do vultoso número de recursos extraordinários e reclamações julgadas não conhecidos por supostamente envolverem regência estritamente legal, o ministro relator retificou seu voto, superando a preliminar, e no mérito julgou procedente a ação.

Na mesma assentada, o Pretório Excelso, por maioria de seus ministros, julgou procedente a ação, contra o voto do ministro Ayres Britto, declarando a

⁶⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade nº 16/DF – Distrito Federal.** Relator: Ministro Cezar Peluso. Autos eletrônicos, p.386. Disponível em: <45TTP://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=249709>. Acesso em: 21 jul.2017.

conformidade do art.71, §1º da Lei nº 8.666/93 perante a ordem constitucional, valendo a transcrição do aresto:

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

Vale a pena ressaltar relevantes observações suscitadas ao longo dos debates as quais contribuíram para a proclamação do resultado final, bem como repercutiram no novo posicionamento adotado pela Corte Trabalhista após a decisão da ADC nº 16, tema que será abordado no próximo tópico deste capítulo.

Primeiramente, o ministro Marco Aurélio defendeu ter o TST afastado a aplicação de dispositivo legal por meio de verbete de súmula oriunda do incidente de uniformização de jurisprudência, ou seja, sem a instauração do respectivo incidente de inconstitucionalidade, levando em consideração uma interpretação ampliativa (e equivocada, em sua visão) da solidariedade do art.2º, §2º da CLT e da responsabilidade do art.37, §6º, da CF/88. Na ocasião, sustentou não haver responsabilidade solidária entre o Estado e a contratada, nos casos de arregimentação de mão de obra, em razão do ente público não ter poder de direção, controle ou administração sobre a empresa terceirizada. Ademais, afirmou que a jurisprudência trabalhista emprega alcance indevido ao art.37, §6º, CF, não havendo conflito entre o art.71 e a Carta Magna, de modo que responsabilizar o Estado pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviços implicaria no mesmo entendimento quanto aos débitos fiscais e comerciais, o que não pode prevalecer. Por fim, asseverou que:

Se a jurisprudência trabalhista fosse pacífica no sentido da responsabilização subsidiária da Administração Pública, o Tribunal Superior do Trabalho não teria editado o item IV da Súmula nº 331, projetando para o campo da inconstitucionalidade o §1º do art.71 da Lei nº 8.666/93, motivo pelo qual eventual procedência desta ação declaratória resultaria na revisão daquele verbete pelo TST, com sua provável retirada do mundo jurídico⁶¹.

⁶¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº16**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Autos eletrônicos, p.608. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2497093>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

Vale ressaltar, ainda, a posição da ministra Cármen Lúcia para quem não incide o art.37, §6º nas situações envolvendo Estado e empresas terceirizadas, primeiro, por estar diante de relação contratual do Estado, enquanto que o referido dispositivo constitucional versa sobre a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, e em segundo lugar, em razão do resultado danoso resultar diretamente da conduta de particulares, e não de ato de agente público. Logo, não vislumbra com qualquer vício capaz de infirmar a validade constitucional do art. 71, §1º da Lei de Licitações cuja redação é categórica em afastar a responsabilidade do Poder Público quando tomada a mão de obra mediante empresa prestadora de serviços.

Ao longo dos debates, o ministro Gilmar Mendes pontuou que a despeito da redação do inciso IV do Enunciado nº 331, do TST, na prática se verificava que a Justiça do Trabalho estava reconhecendo de forma irrestrita e automática a responsabilidade do Estado, sendo acompanhado pela ministra Ellen Gracie, a qual concordou com a posição levantada pelo eminente ministro, acrescentando ser pouco provável que magistrados trabalhistas estivessem examinando, em cada caso, a ausência comprovada de fiscalização pelo ente público.

Assim, na sessão plenária do dia 24 de novembro de 2010, o STF proferiu decisão final sobre o tema, declarando a constitucionalidade do art.71, §1º, julgando procedente a ADC nº16, tendo reconhecido a impossibilidade de transferência automática dos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada ao ente público contratante.

Todavia, isso não significa concluir que a Suprema Corte vetou toda e qualquer forma de responsabilização do Estado, mas tão somente constatou ser incompatível com a ordem constitucional vigente a sua condenação pelo mero inadimplemento da empresa prestadora de serviços. Em outras palavras, a simples negligência da contratada terceirizada não é fator determinante para a condenação da Administração Pública, o que não impede o reconhecimento de sua responsabilidade quando, na análise pormenorizada do caso concreto, ficar explicitamente comprovada a sua culpa, hipótese em que apenas responderá subsidiariamente. Até porque, entendimento contrário, implicaria em retroagir para a era da irresponsabilidade do Estado, instituto já superado e incompatível com o Estado Democrático de Direito, conforme já estudado em capítulo anterior dessa monografia.

Com efeito, forçoso elucidar importantes colocações defendidas no decorrer dos debates que a despeito de declararem a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei de Licitações, impuseram ressalvas à rigidez da norma, admitindo, em hipóteses excepcionais, a responsabilidade subsidiária do Estado.

Oportuno transcrever os votos do ministro relator Cezar Peluso, na sessão plenária de 10.09.2008, quando indeferiu a peça exordial por vislumbrar a falta de interesse objetivo de agir do autor:

[...] isto aqui é fundamental, por isso foi afirmada a falta de interesse, e partindo do pressuposto de que tenha havido alguma controvérsia relevante sobre isso -, está em supor que o reconhecimento da constitucionalidade do art.71 não afasta a aplicação do enunciado, nem muda a jurisprudência do TST. Porque ela não se baseia na inconstitucionalidade do art. 71, **mas na apreciação de fatos, de comportamento da administração pública e no art. 37 6** [...] Noutras palavras, não é o art.71 que ditou o enunciado da súmula. **É a consideração de fatos concretos que levaram a elaborar um enunciado diante de circunstâncias de comportamento da administração pública.** [...] O que adianta o Supremo dizer, repetindo o Tribunal Superior do Trabalho, que o art. 71 é constitucional? Nada. O enunciado permanece e subsiste do mesmo modo. **Ou seja, a responsabilidade que a justiça trabalhista tem reconhecido à Administração Pública, nos casos concretos, decorre do exame destes.** Tanto o é, que condição final para reconhecimento, nos termos do enunciado da súmula da responsabilidade da administração, é o seguinte: [...]. **Noutras palavras, que ela tenha sido condenada dentro do processo.** (grifo nosso)⁶²

Na assentada de 24.11.2010, convencido da conveniência de se superar eventual deficiência da petição inicial, adentrando no mérito do tema, o eminente ministro relator retificou seu voto anterior, declarando a constitucionalidade do dispositivo questionado, insistindo, contudo, na compatibilidade jurídica entre o art.71 e o verbete do enunciado de nº 331, do TST:

Em relação a isso não tenho dúvida nenhuma, eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, e se o tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, **a mim me parece que o tribunal não pode nesse julgamento impedir que a justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração** (grifo nosso)⁶³.

Em resposta à indagação do ministro Marco Aurélio, para quem a redação do inciso IV da súmula, em última análise, importava em afastar a taxatividade do art.71 da Lei de Licitações, o ministro Cezar Peluso torna a repetir que a jurisprudência

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade nº 16/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. Autos eletrônicos, p.605. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2497093>>. Acesso em: 21 jul.2017.

⁶³ Ibid., p.631.

trabalhista respeita o preceito legal, tanto é assim que exonera o Estado pela mera inadimplência da contratada, sendo diferente da situação na qual resta evidenciada a culpa do Estado, hipótese esta que responderá subsidiariamente em razão das circunstâncias especiais do caso concreto:

Ela [a Justiça do Trabalho] tem decidido que **a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade**, nos termos do que está a lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. E proclama: **mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere a responsabilidade**. É outra matéria (grifo nosso)⁶⁴

Em outro momento, ainda na tentativa de defender o seu ponto de vista, assim se manifestou de forma incisiva:

Só estou advertindo ao Tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, **invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração**, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos.(grifo nosso)⁶⁵

Acompanhando esse entendimento, o ministro Ricardo Lewandowski harmoniza a validade constitucional do artigo com as hipóteses em que se revela patente a negligência do Estado na fase pré-contratual ou durante a execução do contrato, incorrendo em culpa “*in eligendo*” ou “*in vigiando*”. Chama atenção para os inúmeros casos em que a Administração contrata com empresas deficitárias, despidas de capacidade financeira sólida, que não raro desaparecem do mundo jurídico, bem assim seus sócios, situações estas que evidenciam a omissão do Estado que poderia ter evitado tais infortúnios se tivesse acautelado das medidas previstas em lei. Eis o teor de seu pronunciamento na íntegra:

“[...] eu tenho acompanhado esse posicionamento do Ministro Cezar Peluso no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque realmente **ela é decidida sempre no caso concreto, se há culpa ou não**, e cito um exemplo com o qual nós nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade. **São empresas de fachada, muitas vezes constituídas de capital de mil reais, que participam de licitações milionárias e essas firmas depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático e ficam com um débito trabalhista enorme**. O que ocorre no caso? Há claramente, **ESTÁ CLARAMENTE CONFIGURADA A ‘CULPA IN VIGILANDO’ E ‘IN ELIGENDO’ DA ADMINISTRAÇÃO**. Aí, segundo o TST, incide ou se afasta, digamos assim, esse art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666.”

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade nº 16/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. Autos eletrônicos, p.633. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=249709>>. Acesso em: 21 jul.2017.

⁶⁵ Ibid., p.633-634.

(grifo nosso).⁶⁶

Durante os debates, o ministro Gilmar Mendes reconheceu a plausibilidade do raciocínio empreendido pelo TST na construção do verbete, concordando que a textualidade do art.71 não é suficiente para desonerar o Estado do seu dever de fiscalização, incorrendo em culpa caso não se desincumba desse ônus. Nesse sentido asseverou:

É bem verdade que os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas dos municípios, que haja realmente fiscalização, **PORQUE, REALMENTE, O PIOR DOS MUNDOS PODE OCORRER PARA O EMPREGADO QUE PRESTOU O SERVIÇO**, A empresa recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares. Então, essa decisão continua posta e foi o que o TST de alguma forma tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, para que haja essa **culpa *in vigilando***, fundamental. [...]. Talvez, aqui, reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm que fiscalizar, **INICIALMENTE SÃO OS ÓRGÃOS CONTRATANTES**, e depois os órgãos fiscalizadores. **DE MODO QUE HAJA TALVEZ ATÉ UMA EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE SE FEZ O PAGAMENTO, O CUMPRIMENTO, PELO MENOS DAS VERBAS ELEMENTARES: PAGAMENTO DE SALÁRIO, RECOLHIMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E DO FGTS.** (grifo nosso)⁶⁷

Em momento posterior, o ministro Gilmar Mendes reforça seu entendimento pela possibilidade de eventualmente ser reconhecida a culpa "*in vigilando*" da Administração Pública no caso concreto, proferindo os seguintes dizeres:

[...] Até pode ocorrer – ministra Cármen Lúcia já ressaltou -, num quadro, sei lá, de culpa *in vigilando*, patente, flagrante, que a Administração venha a ser responsabilizada porque não tomou as cautelas de estilo.⁶⁸

Das diversas passagens colacionadas acima, conclui-se que para os ministros do STF a declaração de constitucionalidade do art.71 não exclui de forma absoluta e automática a responsabilidade do Estado em sede de terceirização, em que pese a textualidade taxativa do dispositivo, sob pena de admitir situações de consequências desastrosas nas quais a Administração concorreu com culpa no resultado danoso, porém seria imune a qualquer responsabilização.

A decisão definitiva proferida na ADC nº16 e os debates jurídicos que permearam seu julgamento serviram de base para que o TST atualizasse a sua

⁶⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade nº 16/DF – Distrito Federal.** Relator: Ministro Cezar Peluso. Autos eletrônicos, p.635. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=249709>>. Acesso em: 21 jul.2017.

⁶⁷ Ibid., p.636.

⁶⁸ Ibid., p.654.

jurisprudência no intuito de se amoldar aos novos parâmetros estabelecidos pela Suprema Corte. E é justamente esse o enfoque do próximo tópico.

4.3 DO IMPACTO DO JULGAMENTO DA ADC nº 16 NA JURISPRUDÊNCIA DO TST

Conforme estudado anteriormente, na decisão definitiva proferida em 24.11.10, o STF decidiu que a mera condição de contratante não tem o condão de induzir a Administração Pública a responder direta e automaticamente pelos débitos trabalhistas da empresa contratada. No entanto, na mesma sessão plenária, fixou entendimento pela necessidade de interpretação sistemática do art.71, da Lei nº 8.666/93 com o restando do ordenamento jurídico e seus princípios constitucionais chegando à conclusão da possibilidade de se responsabilizar o Estado quando evidenciada a sua culpa, ou seja, não pelo simples fato de figurar como tomador de serviços terceirizados, mas por seu comportamento omissivo ter concorrido diretamente para o evento danoso.

Em razão dos efeitos vinculantes e *erga omnes* próprios desse tipo de decisão proferida em ação de constitucionalidade, surgiu a necessidade do TST revisar a sua jurisprudência a fim de se compatibilizar com os limites fixados pela Suprema Corte no julgamento da ADC nº16.

Isso porque, até então a jurisprudência trabalhista era guiada pelas diretrizes estabelecidas no verbete de Súmula nº 331, especificamente em seu item IV, o qual expressamente possibilitava a condenação da Administração tomadora de serviços pelo simples inadimplemento das obrigações da empresa terceirizada contratada. Convém rememorar os exatos termos do Enunciado na parte que interessa:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Ainda que o enunciado se refira à “responsabilidade subsidiária”, na prática os magistrados trabalhistas diuturnamente condenavam o ente público de forma

automática e objetiva, sem perquirir sua culpa no caso concreto, o que implicitamente significava num verdadeiro reconhecimento de responsabilidade direta do Estado, contando, inclusive, com o apoio das instâncias superiores, as quais confirmavam as sentenças de primeira instância quando instadas a se manifestar na via recursal.

Com o novo resultado da ADC nº16, a literalidade do item IV não mais poderia subsistir, porquanto abria a possibilidade de condenação automática do Estado fundamentada na culpa presumida, ideias estas expressamente rechaçadas pelo STF por afrontar diretamente a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei de Licitações.

Alguns meses após o pronunciamento do STF, em 24 de maio de 2011, o TST revisou o Enunciado nº 331, reformulando a redação do item IV, bem como acrescentou os itens V e VI, reservando um dos itens para tratar especificamente da responsabilidade da Administração Pública direta e indireta quando tomadora de serviços.

Com a nova redação, o item IV passou a tratar apenas da terceirização envolvendo empresas particulares:

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

No tocante à terceirização no âmbito público, o novo item V passou a disciplinar a matéria incorporando as diretrizes fixadas pelo STF, ou seja, a necessidade de comprovação da conduta culposa do Estado no resultado danoso, sobretudo no que tange ao seu dever de fiscalização:

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

Ou seja, substitui-se a responsabilidade automática por culpa presumida, conforme interpretação majoritária que a Justiça do Trabalho vinha dando à antiga redação do item IV, pela responsabilidade subsidiária baseada em prova cabal de culpa "*in elegendo*" ou "*in vigilando*", examinada em cada caso concreto, compatível

com o entendimento exarado pelo STF. Em outras palavras, a responsabilidade do Estado é medida excepcional, pois não decorre do mero inadimplemento da contratada, e quando admitida apenas o será na modalidade subsidiária, e condicionada à comprovação de culpa nos autos, não havendo de se falar na sua presunção. Aliás, foi essa a exata conclusão advinda das considerações feitas quando do julgamento da ADC nº16.

Por fim, o recém adicionado item VI informa quais as verbas trabalhistas abrangidas em eventual condenação subsidiária:

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

4.4 O CENÁRIO PÓS ADC nº 16

Conforme explicado no capítulo anterior, a decisão proferida pela Suprema Corte nos autos da ADC nº 16, no ano de 2010, encerrou a celeuma jurídica ao atestar a constitucionalidade do emblemático art.71, §1º da Lei nº 8.666/93, o qual veda a transferência automática de verbas trabalhistas não adimplidas pelas empresas terceirizadas ao Estado. Entretanto, os Ministros do STF não descartaram por completo a possibilidade de condenação do Estado em sede de terceirização, sendo cabível como medida excepcional e tão somente quando houver prova cabal da omissão do Poder Público no seu dever fiscalizatório, hipótese em que responderá subsidiariamente.

Ocorre que a decisão proferida nos autos da ADC nº16, ao contrário do esperado, não teve o condão de apaziguar os debates jurídicos sobre o assunto, gerando uma enxurrada de reclamações e recursos extraordinários no âmbito do STF, tendo por objeto questões de direito atinentes ao tema da responsabilidade da Administração Pública na terceirização que permaneceram pendentes de definição.

A persistência do imbróglio jurídico residia na constatação de dois problemas principais: primeiro, a ausência de delimitação de questões específicas sobre matéria probatória; e em segundo lugar, a compatibilidade entre a tese construída pela jurisprudência trabalhista em torno do novo item V da Súmula nº 331 e a decisão vinculante da ADC nº16.

Quanto à matéria probatória, subsistiam dúvidas no campo processual acerca de qual sujeito devia se desincumbir do *onus probandi*, em outras palavras: seria o autor/trabalhador responsável por colacionar aos autos prova da deficiência fiscalizatória do poder público contratante? Ou caberia ao Estado/réu o encargo de comprovar atos fiscalizatórios quanto ao cumprimento de obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada?

Tais indagações ganham maior peso quando se tem em mente a relevância das regras de distribuição do ônus da prova, funcionando como verdadeiras “regras de julgamento” dirigidas ao magistrado trabalhista no momento de sentenciar. Assim, se no momento de proferir o resultado do litígio os elementos dos autos não forem suficientes para formar a convicção do juiz, caberá decidir a causa contra o sujeito processual a quem cabia a prova de tal fato, no entanto, por algum motivo não o fez.

Ainda nesse tocante, também não havia uma definição exata do que se entenderia por fiscalização eficiente, contribuindo por acirrar ainda mais as discussões no campo processual.

Ademais, representantes judiciais da Fazenda Pública alegavam em juízo que os julgamentos proferidos pela Justiça do Trabalho insistiam em negar vigência ao art.71, §1º da Lei de Licitações, mesmo após a decisão do STF na ADC nº 16, ofendendo a coisa julgada.

Isso porque, na sua visão, a reformulação do verbete de súmula pelo TST só serviu de fachada jurídica, pois a despeito da redação do novo item V se referir à responsabilidade subsidiária condicionada a comprovação de conduta culposa, na prática, a Justiça do Trabalho persistia na condenação automática da Administração Pública por considerar presumida a sua culpa nos casos em que a empresa contratada não quita com os débitos trabalhistas.

Segundo a tese construída pela jurisprudência trabalhista se houve inadimplência por parte da empresa contratada, tal fato só seria possível porque ausente a fiscalização ostensiva por parte do Estado, o que implica dizer que nessas situações há uma presunção de culpa do ente público que somente seria afastada caso o Poder Público se desincumbisse do seu ônus probatório. Daí, se extraem as conclusões de que para a Justiça do Trabalho o *onus probandi* era encargo da

Administração Pública, bem como tal entendimento induzia na responsabilização de forma genérica e abstrata do ente estatal, contrariando frontalmente o que decidiu o STF na ADC nº16.

Aliás, a decisão de eficácia vinculante e *erga omnes* proferida na ação declaratória foi justamente no sentido de vetar a transferência automática dos encargos trabalhistas da empresa contratada para o ente público contratante, conforme a taxatividade do art.71, sendo somente possível a responsabilidade do Estado em situações excepcionais, e desde que lastreada em prova concreta da sua culpa “*in vigilando*”, ou seja, a omissão do seu dever de fiscalização deve ser efetivamente comprovada nos autos, não havendo, pois, de se falar em culpa presumida.

Ademais, a Fazenda Pública alegava sofrer prejuízos de ordem processual, em dois momentos distintos, nas demandas trabalhistas em que atuava em litisconsórcio passivo.

Na fase processual de conhecimento, aponta as dificuldades experimentadas quando da apresentação da defesa de mérito, posto que não raramente as empresas de terceirização de serviços (rés principais) desaparecem do mundo fático, sendo declaradas revéis, dificultando a obtenção pelo ente público dos documentos e informações necessários para a elaboração da sua contestação, visto serem de acesso restrito da real empregadora.

Nesta senda, a participação da Fazenda Pública em juízo é insuficiente para afastar os efeitos da revelia da empresa terceirizada, tendo por consequência jurídica a decretação pela Justiça do Trabalho da presunção da veracidade dos fatos alegados na petição inicial, implicando, quase sempre, no acolhimento de todos os pedidos formulados pelo autor.

Posteriormente, na fase de execução, o erário é constrangido a responder pelo montante da condenação sem sequer ser respeitado o benefício da ordem, ou seja, sem previamente serem esgotadas as tarefas de busca de bens penhoráveis da empresa terceirizada (ré principal) e de seus sócios, estes últimos por aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Ou seja, no fim das contas, o Estado continuava a ser condenado direta e automaticamente por verbas trabalhistas da contratada, contrariando o *decisum* do

STF na ADC nº 16, que, repita-se, apenas admite, em casos excepcionais, a sua responsabilidade, primeiro, se constatada prova efetiva de sua culpa “*in vigilando*”, em outras palavras, culpa no dever de fiscalização, e segundo, desde que responda subsidiariamente, ou seja, somente após a excussão dos bens da empresa devedora principal e dos seus sócios.

Em resumo, a Fazenda Pública se insurgia contra as condenações rotineiramente impostas pela Justiça Laboral amparadas em suposta culpa presumida, revelando-se, na prática, na responsabilização genérica e automática do Estado, porquanto contrariando a autoridade da decisão do STF na ADC nº16. Alega, ainda, a deficiência de defesa do ente público em juízo, sobretudo quando decretada a revelia da empresa devedora principal, e especialmente o dever de observância do benefício de ordem pela Justiça do Trabalho, na execução trabalhista, sob pena de implicar indiretamente na condenação direta do erário, violando a textualidade do art.71, da Lei nº 8.666/93. Some-se ainda a pendência de delimitação de questões processuais imprescindíveis para o deslinde dos litígios, como as controvérsias envolvendo o ônus da prova, as quais geravam intermináveis discussões entre os operadores do direito.

Nessa senda, o clima de instabilidade jurídica continuava latente, especialmente por parte da Fazenda Pública, que insistentemente recorria das decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, em suas diversas instâncias, a fim de obter resposta favorável aos seus anseios, e condizente com os entendimentos anteriormente assentados pela Suprema Corte.

Finalmente, no presente ano de 2017, o STF se pronunciou sobre o tema ao julgar o recurso extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, encerrando a votação com o placar apertado de 6X5 dos ministros, após amplos e longos debates, em mais de uma sessão plenária, o que demonstra a complexidade do assunto em comento. A decisão final da Suprema Corte revela-se de suma importância para a comunidade jurídica ainda mais quando se leva em conta que tratava, até então, do tema com maior número de processos sobrestados no TST, cerca de 50.000 lides a espera da definição pela Corte Superior.

As principais questões jurídicas que acompanharam o julgamento do RE nº 760931, bem como os argumentos mais importantes lançados pelos sujeitos processuais e os debates causídicos trazidos à tona durante sua tramitação serão

objeto de estudo do próximo tópico.

4.5 DO JULGAMENTO DO RE nº 760931

Após ter sido reiteradamente vencida nas instâncias ordinárias, a União, em 25.05.2012, através de seu advogado público, interpôs recurso extraordinário (RE nº 760931) nos autos do processo nº TST-AIRR-100700-72.2008.5.02.0373, atacando acórdão da 2ª Turma do TST que negou provimento ao agravo de instrumento em recurso de revista, sob fundamento de que a responsabilidade subsidiária por culpa “*in vigilando*” na forma estabelecida pelo item IV, da Súmula nº 331 do TST, não afrontava à coisa julgada produzida na ADC nº16.

O objeto recursal em voga dizia respeito à matéria já tratada no Tema 246 – “responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço” – cuja repercussão geral fora reconhecida no RE nº 603397, que ainda pendia de julgamento, de relatoria da ministra Ellen Gracie, aposentada desde 2011, sendo sua vaga ocupada pela então ministra Rosa Weber, que, por sua vez, passou a ser a relatora do recurso paradigmático, e por prevenção, dos processos relacionados ao tema, conforme art. 325-A, do RISTF.

Por solicitação da ministra relatora Rosa Weber, o RE nº 760931 passou a ser reconhecido como representativo da controvérsia constitucional, em substituição ao recurso paradigma originário de nº 603.397/SC, por conter maior diversidade de fundamentos e discussões abrangentes, permitindo uma decisão judicial mais completa e fundamentada sobre a questão.

Em suas razões recursais, em resumo, insurge-se a União quanto aos seguintes pontos do acórdão recorrido:

- a) A decisão do TST não atentou para a ocorrência de fato superveniente no curso da demanda, qual seja, a decisão do STF na ADC nº16, no ano de 2010, violando a força obrigatória da coisa julgada produzida, e conseqüentemente o art.102, §2º, da CF/88;
- b) Violação à súmula vinculante nº 10, pois a jurisprudência trabalhista teria

afastado a incidência de dispositivo legal sem declarar, em incidente próprio, a sua inconstitucionalidade, afrontando à cláusula de reserva de plenário.

- c) Violação aos arts.5º, II e art.37 da CF/88 bem como do art.71, §1º da Lei n 8.666/93, já que o item IV da Súmula nº 331, na redação dada pela Resolução nº 96/2000, contraria o art.71, criando obrigação não prevista em lei.
- d) A imputação de responsabilidade do ente público por débitos trabalhistas não adimplidos pela empresa terceirizada viola diretamente a decisão vinculante proferida pelo STF nos autos da ADC nº16 que confirmou a constitucionalidade do art.71, §1º, da Lei nº 8666/93, cuja literalidade veda a transferência automática de tais encargos trabalhistas;
- e) Impossibilidade de aplicação do art.477, §8º da CLT que impõe pagamento de multa equivalente ao valor do salário em benefício do empregado quando verificada a mora na quitação das verbas rescisórias, posto que, diferentemente dos entes privados, a satisfação de débitos pela Fazenda Pública em juízo são feitos exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios, sob pena de violação ao art. 100 da CF/88.
- f) Impossibilidade de aplicação do art. 467 da CLT que sujeita a multa de 50% sobre as verbas rescisórias incontroversas não pagas na primeira audiência trabalhista, diante da previsão do art.100 da CF que condiciona os pagamentos devidos pela União à expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, bem como pelo fato das procuradorias das Fazendas Públicas não serem autorizadas a celebrar acordos em audiências trabalhistas, já que tal transação envolveria bens públicos, portanto, indisponíveis.
- g) Por fim, a fixação de juros de mora de 1% ao mês viola o art.1º-F da Lei nº 9494/97, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/01, que estabelece juros de mora de 0,5% ao mês, a partir de setembro de 2001, não podendo ultrapassar o limite de 6% ao ano, nas hipóteses de condenação da Fazenda Pública, questão esta que encontra-se, inclusive,

pacificada na OJ nº 07 do TST.

Sustenta, ainda, em seu mérito recursal, que o fato gerador das multas supracitadas ocorre necessariamente após a rescisão contratual da União com a empresa terceirizada, sendo absolutamente impossível que se fiscalize seu pagamento. Acrescenta que:

[...] examinando atentamente a decisão prolatada na ADC sub examine, é possível extrair as seguintes conclusões: 1) o art.71, §1º, da Lei 8.666/93, que veda a transferência de encargos trabalhistas da empresa contratada ao ente contratante, é constitucional; 2) por esse motivo, a União não pode ser condenada em responsabilidade subsidiária, com suporte no art. 37, §6º, da CR, ou seja, não pode ser condenada na modalidade de responsabilidade objetiva; 3) eventualmente, quando PROVADA a culpa in vigilando, fica autorizada a responsabilização subsidiária. Esta modalidade de culpa deve ser PROVADA, e não presumida⁶⁹.

Não houve contrarrazões ao recurso extraordinário oferecido pela União.

Na sessão plenária realizada em 02 de fevereiro de 2017, foi iniciado o julgamento do RE 760931, com a participação da manifestação oral dos *amici curiae*, seguida do pronunciamento do voto da ministra relatora Rosa Weber.

Na assentada de 08 de fevereiro de 2017, o pleno do STF retomou a colheita de votos dos demais ministros, a exceção da ministra Cármen Lúcia que em razão de sua ausência justificada, proferiu seu veredito na sessão do dia 15 de fevereiro de 2017.

Convêm esclarecer que em razão do falecimento do eminente ministro Teori Zavascki em 19.01.2017, a composição plenária do órgão totalizava 10 ministros em atividade, de modo que a votação foi encerrada com o placar provisoriamente empatado sendo declarado suspenso o julgamento até a chegada do novo membro que iria desempatar a celeuma, compondo a maioria dos votos e assim definindo a tese vencedora.

Até o momento, assim havia decidido o STF: para a ministra Rosa Weber, havia conformidade entre o Enunciado nº 331, item V do TST e a decisão proferida na ADC nº 16, não havendo nos autos indícios que afastem a imputação da responsabilidade subjetiva quando houver culpa provocada ou presumida, sendo o ônus da prova encargo da União. Assim, conhecia em parte do recurso, e nesta

⁶⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 760931**. Rel^a: Min. Rosa Weber. Autos eletrônicos. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4434203>>. Acesso em: 18 jul.2017.

parte negava provimento. Acompanharam o voto da relatora os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Melo.

Abrindo a divergência, o ministro Luiz Fux conheceu em parte do recurso da União, e na parte conhecida deu provimento sob o fundamento que reconhecer uma eventual responsabilização do Estado seria dar uma interpretação conforme ao art.71, da Lei de Licitações, significando, em última análise, uma declaração de inconstitucionalidade parcial do dispositivo, o qual, contrariamente já havia sido declarado constitucional em ação anterior. Seguiram a dissidência os ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Cármen Lúcia.

Em 22 de março de 2017, o jurista Alexandre de Moraes tomou posse no cargo de ministro do STF, tendo, em 30 de março de 2017, proferido seu voto de desempate, se filiando à divergência levantada pelo ministro Luiz Fux, compondo assim o voto vencedor, conhecendo em parte do recurso da União e na parte conhecida deu provimento.

Em conclusão, o recurso interposto pela União não teve apreciado o mérito quanto aos pedidos de juros de mora e multa dos arts. 467 e 477 da CLT, por terem sido considerados matéria infraconstitucional. Quanto ao principal objeto recursal que versava sobre a imputação da responsabilidade subsidiária, o STF, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário, e fixou a seguinte tese de repercussão geral:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93.⁷⁰

Dessa forma, para a Suprema Corte a mera existência de débito trabalhista a cargo da empresa terceirizada não implica no reconhecimento da culpa presumida do ente público contratante, conforme vinha sendo decidido pela Justiça Trabalhista, pois tal raciocínio resultaria na condenação automática e generalizada do estado, contrariando frontalmente a coisa julgada formada nos autos da ADC nº16.

Ora, a redação literal do art.71 da Lei nº 8.666/93 demonstra a clara intenção do legislador em afastar a automática responsabilidade subsidiária do estado,

⁷⁰BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 760931**. Rel^a. Min. Rosa Weber. Acompanhamento Processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4434203>> . Acesso em: 18 jul. 2017.

protegendo, assim, o erário público, tendo tal dispositivo sido declarado constitucional pelo STF, razão pela qual não pode prosperar nenhuma interpretação que induza na presunção abstrata de culpa da Administração Pública.

Não obstante, os ministros já haviam considerado a possibilidade de abrandar o excessivo rigor do art.71, sobretudo nas situações concretas nas quais fossem comprovadas a ausência do dever legal de fiscalização por conta do Estado, contemplando a interpretação do mencionado dispositivo legal à luz da ordem jurídica pátria e demais princípios constitucionais.

Assim, o STF fixou o entendimento de que não é possível a condenação do poder público com base em qualquer tipo de presunção de culpa, contudo admite-se a imputação de responsabilidade desde que lastreada em elementos fáticos constantes nos autos do processo que apontem a efetiva deficiência do Estado quanto ao seu dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas, ou seja, é ônus do trabalhador reclamante demonstrar, no caso concreto, primeiro, a prova cabal da culpa "*in vigilando*" do ente público, bem assim o nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano sofrido pelos trabalhadores.

5 DA FIXAÇÃO DOS LIMITES PARA A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DAS DECISÕES DO STF

O julgamento do RE nº 760931 confirmou o veredicto da ADC nº16 ao afastar a responsabilidade da Administração Pública pelo mero inadimplemento das verbas trabalhistas de empresa terceirizada com base na culpa presumida, por tal prática se equiparar a uma verdadeira condenação automática do ente público, o que é vedado pela literalidade do art.71 da Lei nº 8.666/93.

Firmou-se o entendimento que eventual imputação de responsabilidade ao Estado deve ser precedida de prova inequívoca carreada nos autos acerca da falha de fiscalização por parte do ente público quanto ao cumprimento dos deveres trabalhistas pela empresa contratada.

Em que pese a Suprema Corte já ter se debruçado por dois momentos distintos sobre o tema, a primeira vez, no ano de 2010, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, e a segunda vez, na recente decisão de março de 2017 proferida em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, receia-se que, ainda assim, a matéria não tenha sido esgotada, ficando pendentes algumas questões pontuais, que se não forem bem delineadas, poderão desembocar em novos desencontros hermenêuticos, repercutindo na continuidade de debates no âmbito processual e proliferação de recursos envolvendo o tema.

Durante a colheita de votos no julgamento do RE nº 760931, na sessão de plenária de 08/02/2017, o ministro Luiz Roberto Barroso sintetizou os seguintes problemas a serem discutidos⁷¹:

- 1) Definição minimamente dos parâmetros da fiscalização adequada – como deve ser a fiscalização? O que se entende por fiscalização adequada?
- 2) Providências em casos de indícios de irregularidades – o que ela deve fazer quando verificada a inadimplência do pagamento de verbas salariais por parte da empresa contratada?

⁷¹ Youtube. **Pleno - Adiado julgamento sobre responsabilidade por inadimplemento de empresa terceirizada (1/2)**. Vídeo (2h31s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9I_Q9jmCeXI&list=WL&index=2>. Acesso em 20 ago. 2017.

3) A quem cabe o ônus de demonstrar a ocorrência de culpa?

Como já dito, desde a revisão da Súmula nº 331, em 2011, o item V passou a contar com redação compatível ao entendimento exarado pelo STF na ADC nº16. Desta feita, a razão da continuidade das discussões sobre a matéria reside na desarmonia quanto à apreciação da matéria probatória, não havendo um consenso sobre quais atos são capazes de caracterizar (ou afastar) o que se entende por “fiscalização adequada”. Atrelada a essa questão, some-se as divergências entre as próprias turmas do TST acerca da distribuição do ônus da prova.

Nos próximos tópicos desse trabalho, passa-se a apresentação de sugestão de respostas aos questionamentos ora levantados, a fim de contribuir para a pacificação do tema.

5.1 DA DEFINIÇÃO DA FISCALIZAÇÃO ADEQUADA

A fim de proteger o interesse público, resguardando o erário contra condenações impostas pelos órgãos trabalhistas, sobretudo no momento que antecedeu o julgamento da ADC nº16, foi editada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, posteriormente alterada pelas IN nº 3/2009, IN nº 4/2009, IN nº 5/2009, IN nº 6/2013, IN nº 3/2014 e IN nº 4/2015, a qual passou a prever medidas de precauções a serem adotadas pela Administração Pública Federal, delimitando as ações fiscalizatórias a serem empreendidas durante todo o período de execução contratual.

Se antes algumas vezes sustentavam que o dever fiscalizatório imposto pelo art.67 da Lei de Licitações limitava-se ao estrito cumprimento do objeto contratual, ou seja, da tarefa material para qual o vencedor da licitação se comprometeu a realizar, agora, há um ato normativo legítimo estabelecendo a exigência de controle pela entidade ou órgão público contratante do adimplemento dos direitos trabalhistas por parte da empresa contratada, tal como sempre defendeu a Justiça do Trabalho.

Apesar de o referido instrumento normativo se restringir à Administração Pública Federal, defende-se que suas diretrizes sejam seguidas pelos demais entes federados em razão de disciplinar aspectos cruciais da terceirização de serviços

contínuos, prevendo importantes instrumentos capazes de não só isentar o tomador de responsabilidade, caso seguidos à risca, bem como funcionam como garantia de cumprimento das normas de proteção ao trabalho.

Assim, respeitada as regras de repartição de competências, é salutar que as exigências da IN nº 02/2008 sirvam como exemplo para os municípios, estados e Distrito Federal quando do exercício de suas funções legislativas, e, durante a lacuna normativa, sejam-lhes aplicadas subsidiariamente.

Dessa forma, adianta-se que toda a exposição feita neste e no próximo tópico tenha validade para orientar a Administração Pública como um todo, e não somente a federal.

Imperioso destacar as palavras do Procurador do Trabalho Helder Santos Amorim a respeito da utilização da IN nº 02/2008 como parâmetro do dever de fiscalização para os demais entes federativos:

Enquanto a Lei de Licitações traça regras gerais sobre o dever de fiscalização contratual, a IN nº 2/2008 do MPOG interpreta e especifica estas regras, instituindo um padrão fiscalizatório comprometido com a eficiência das técnicas de controle e com a efetividade dos direitos fiscalizados,(...), levando em consideração a realidade do gerenciamento contratual, os riscos decorrentes das práticas contratuais e os direitos e deveres da Administração Pública perante os administrados e perante os terceiros interessados, tais como os trabalhadores terceirizados.

Isto porque a procedimentalização da fiscalização no âmbito dos contratos de terceirização não constitui matéria própria para disciplina legislativa, sendo tema reservado às normas regulamentadoras.

Este padrão fiscalizatório federal vincula a Administração Pública em todos os âmbitos federativos, por força do princípio da predominância do interesse, tendo em conta que, sendo privativa da União a competência para legislar sobre normas de licitações e contratos, aos estados e municípios incumbe complementar esta legislação com respeito às diretrizes nacionais.

Nessa linha de princípio federativo, embora as regras de fiscalização previstas na IN nº 2/2008 do MPOG tenham incidência estrita à órbita da Administração Pública federal, suas diretrizes para uma fiscalização eficaz sobre os contratos de terceirização em matéria trabalhista acabam por orientar os demais entes federativos na implementação de suas normas internas acerca da matéria, em face da legítima expectativa constitucional de uma Administração Pública comprometida com a higidez legal e com a eficiência dos mecanismos de controle da atividade administrativa (Constituição, art. 37).” (grifou-se –VIANA, DELGADO e AMORIM, op. cit, LTr 75-03/292-293).⁷²

⁷² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 760931**. Rel^a. Min. Rosa Weber. Acompanhamento Processual. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4434203>> . Acesso em: 22 ago. 2017.

Feitas as observações, passa-se a análise dos aspectos fundamentais da instrução normativa.

Conforme a IN nº02/2008, o dever de fiscalizar tem início na fase pré-contratual, prolongando-se durante toda a fase de execução, indo até os meses seguintes à rescisão do contrato.

Na fase pré-contratual, a atividade fiscalizatória do Estado compreende a exigência dos documentos de habilitação exigidos na Lei de Licitações comprobatórios da higidez econômica da empresa candidata ao certame, atestando que possui fôlego financeiro para arcar com seus compromissos ao longo da prestação contratual. Nesse tocante, destaca-se a documentação de prova de regularidade relativa ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS) e da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), introduzida, esta última, no ano de 2011, pela Lei nº 12.440, a qual modificou o inciso IV do art.27 e inciso V do art. 29 da Lei nº 8.666/93, bem como inseriu o art. 642-A, na CLT. Percebe-se que a CNDT surgiu como um importante instrumento nas licitações públicas, sendo sua cobrança obrigatória quando da fase de habilitação das empresas candidatas, sob pena da sua omissão configurar vício no processo licitatório capaz de apontar a culpa "*in eligendo*" da Administração Pública, caso haja o nexo de causalidade entre a conduta omissiva do ente público e os prejuízos sofridos pelos trabalhadores, explicando melhor, caso o Poder Público contrate empresa contumaz devedora de créditos trabalhistas, fato este de fácil constatação caso tivesse se valido da certidão de regularidade trabalhista, como manda a lei, no entanto, por erro seu não o fez.

Ademais, ainda na fase pré-contratual, exsurge um segundo momento em que a ausência de fiscalização por parte do agente público poderá ensejar a responsabilidade subsidiária do Estado. Trata-se da análise das propostas ofertadas pelas empresas licitantes, em especial, quando oferecem valores manifestamente inexequíveis. Isso porque, o art. 48, §1º da Lei n 8.666/93 prevê parâmetros de desclassificação das propostas de valores inexequíveis apenas para a hipótese de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, ficando silente quanto aos contratos de prestação de serviços. No entanto, se o certame licitatório culminou na escolha de uma empresa cuja proposta vencedora está abaixo do preço razoável de mercado, não é difícil concluir que o Estado foi conivente com uma realidade financeira deficitária a qual, muito possivelmente, irá desembocar no

endividamento da empresa, e por consequência, na existência de dívidas trabalhistas, restando patente a culpa do ente público. Nesse sentido:

Não concordamos com aqueles que entendem que a questão da inexecutabilidade não interessa diretamente à Administração Pública, sob argumento de que não cabe ao Estado transformar-se em fiscal da lucratividade privada, cabendo ao particular contratado arcar com o insucesso correspondente ao excessivo comprometimento ao seu patrimônio. **Ora, é óbvio que a proposta inexecutável pode acabar por comprometer a boa execução do contrato, uma vez que pode levar à inadimplência do contratado frente aos seus empregados,** com a paralisação do serviço ou sua má prestação. Por outro lado, os altos custos assumidos e não suportados pelo contratado, gerando a sua inadimplência, trará inevitavelmente o reconhecimento, pela Justiça do Trabalho, da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas existentes.

Logo, pode-se concluir que, **algumas vezes, a inadimplência da empresa contratada perante os seus empregados decorre da sua equivocada habilitação no processo licitatório ou classificação indevida da proposta apresentada, o que levaria a culpa in elegendo da Administração Pública contratante.**⁷³ (grifo nosso)

Ressalte-se que, a partir de 2008, a IN nº 02 passou a prever em seu art.29, a desclassificação de propostas inexecutáveis também para os contratos de prestação de serviços, contínuos ou não, reafirmando o dever do ente público em analisar a plausibilidade dos valores das propostas oferecidas, de modo que a ânsia de contratar pelo menor preço não pode resultar no descaso com os demais compromissos financeiros da empresa contratada.

Na fase de execução contratual, na sua redação originária, a Administração Pública se desincumbiria do seu dever de cautela ao exigir mensalmente da contratada comprovação do cumprimento dos haveres trabalhista (art.34, §5º, I, alíneas “a” a “k”), sendo, aliás, condição para pagamento da fatura a apresentação dos comprovantes do pagamento da remuneração e das contribuições sociais correspondentes ao mês da última nota fiscal ou fatura vencida, compatível com os empregados vinculados à execução contratual, nominalmente identificados (art.36, §1º, I e III). Verificada a sonegação de verbas trabalhistas, previdenciárias ou relativas ao FGTS, deveria o ente público federal contratante realizar o pagamento em juízo dos valores em débito, sem prejuízos das sanções cabíveis (art.36, §2º).

Entretanto, a IN nº 06/2013 revogou a previsão contida originalmente no art.36,

⁷³ TOURINHO, Rita. A responsabilidade subsidiária da administração pública por débitos trabalhistas do contratado: a legalidade frente ao ideal de justiça. In: FORTINI, Cristina (Coord.). **Terceirização na administração**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.99.

§1º, I e III e §2º da IN nº 02/2008, bem como conferiu nova redação ao art.34, §5º, podendo-se inferir que atualmente Poder Público contratante possui o dever de exigir rotineiramente os documentos especificados na forma a seguir:

a) no primeiro mês da prestação dos serviços, a contratada deverá apresentar:

- a documentação concernente à relação dos empregados, contendo nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade (RG) e da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), com indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso;
- Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinada pela contratada; e
- exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços.

b) Até o dia trinta do mês seguinte ao da prestação dos serviços deverá ser entregue ao setor responsável pela fiscalização do contrato dos seguintes documentos, quando não for possível a verificação da regularidade dos mesmos no Sistema de Cadastro de Fornecedores – SICAF:

- prova de regularidade relativa à Seguridade Social;
- certidão conjunta relativa aos tributos federais e à Dívida Ativa da União;
- certidões que comprovem a regularidade perante as Fazendas Estadual, Distrital e Municipal do domicílio ou sede do contratado;
- Certidão de Regularidade do FGTS – CRF; e
- Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT;

Vê-se, portanto, que a disposição do art.34 da Instrução Normativa se alinha à previsão do art.55, XIII, da Lei nº 8.666/93 o qual estabelece a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. Dessa forma, Administração Pública contratante deve colher mensalmente a documentação relativa ao recolhimento do FGTS e à regularidade trabalhista, consubstanciadas em duas importantes certidões, a CRF e a CNDT.

Observe-se, pois, que a CNDT repercute nos parâmetros interpretativos para a definição de culpa da Administração Pública tanto quando da escolha da empresa candidata vencedora ao longo o processo licitatório, podendo atestar a culpa “*in eligendo*” do ente ou órgão estatal, quanto durante a execução da relação contratual, na hipótese de falha no dever fiscalizatório, culminando no reconhecimento da culpa “*in vigilando*”, nesse tocante:

[...] a Lei nº 12.440/11 traz um critério objetivo e relativamente seguro para determinar se há ou não culpa dos entes públicos na terceirização de serviços: a CNDT. [...] Dito de outro modo, a posse de uma CNDT válida funcionará como demonstração da diligência do poder público quanto à escolha de seus contratados. Nessa linha, não haverá culpa capaz de ensejar a responsabilização subsidiária se os órgãos da administração direta e indireta forem capazes de demonstrar judicialmente que receberam do contratado CNDTs válidas por todo o prazo de vigência do contrato de prestação de serviços⁷⁴.

Ademais, pode ainda a Administração solicitar, a qualquer tempo, a apresentação de documentos relativos à folha de pagamento de qualquer mês, contracheques de qualquer funcionário ou cópia do respectivo recibo de depósito bancário, comprovantes de entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale alimentação, entre outros), a que estiver obrigada por força de lei ou de convenção ou acordo coletivo de trabalho de qualquer mês, e até comprovantes de realização de eventuais cursos de treinamento e reciclagem.

Ao mesmo passo, o anexo IV da IN nº 02, com redação dada pela Instrução Normativa nº 6/2013, traz um guia de fiscalização dos contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão-de-obra, orientando a Administração Pública contratante quanto as seguintes fases de fiscalização:

a) **Fiscalização inicial** (no momento em que a prestação de serviços é

⁷⁴ GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. A súmula n.331 do TST à luz da certidão negativa de débitos trabalhistas. **LTr Suplemento Trabalhista**, São Paulo, v.47, n.97, p.493-496, set.2011, p.493 e 495.

iniciada): elaboração de planilha-resumo contendo informações sobre todos os empregados terceirizados, nome completo, número de inscrição no CPF, função exercida, salário, adicionais, gratificações, benefícios recebidos, sua especificação e quantidade (vale-transporte, auxílio-alimentação), horário de trabalho, férias, licenças, faltas, ocorrências e horas extras trabalhadas, bem como a fiscalização por amostragem das CTPS, consultas de negociações coletivas e condições de insalubridade ou periculosidade do local de trabalho;

- b) **Fiscalização mensal** (a ser feita antes do pagamento da fatura): retenção da contribuição previdenciária, consultada a situação da empresa junto ao SICAF e recolhimento dos documentos já aqui comentados.
- c) **Fiscalização diária**: especialmente, consistir em conferir por amostragem os empregados terceirizados que estão prestando serviços e em quais funções, e se estão cumprindo a jornada de trabalho.
- d) **Fiscalização especial**: a Administração precisa se certificar acerca da data-base da categoria prevista na CCT; se a empresa observa a legislação relativa à concessão de férias e licenças aos empregados bem como respeita a estabilidade provisória de seus empregados.
- e) **Fiscalização por amostragem**: a contratada deverá entregar, no prazo de 15 (quinze) dias, quando solicitado pela administração, por amostragem, quaisquer dos seguintes documentos: extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante, cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão ou entidade contratante, cópia(s) do(s) contracheque(s) assinado(s) pelo(s) empregado(s) relativo(s) a qualquer mês da prestação dos serviços ou, ainda, quando necessário, cópia(s) de recibo(s) de depósito(s) bancário(s);
- f) **Fiscalização quando da extinção ou rescisão dos contratos**: a contratada deverá entregar, documentos de TRCT homologado, guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS, extratos dos

depósitos efetuados nas contas vinculadas individuais do FGTS e exames médicos demissionais dos empregados dispensados.

No tocante ao anexo IV, cumpre rememorar importantes passagens ao longo dos debates nas decisões envolvendo o tema no STF, em especial, os argumentos firmados no sentido da inviabilidade de fiscalização do pagamento de todas as parcelas salariais, de todos os empregados subordinados a todas as empresas de prestação de serviços terceirizados, pois, seria uma tarefa por demais exaustiva e custosa para a Administração Pública. Nesse sentido, inclusive, o ministro Luiz Roberto Barroso, em seu voto proferido no RE nº 760931, sugeriu a implementação de um sistema de fiscalização por amostragem, segundo a qual, o exame recairia apenas sobre parcela dos contratos de trabalho, e não sua integralidade, apresentando resultados convincentes, porém não isentos de margem de erro.

Isso porque a fiscalização exaustiva dos contratos de trabalho dos funcionários alocados na prestação do serviço terceirizado, abrangendo a checagem de horários de entrada e saída, com observância do pagamento de horas extras, intervalos concedidos e suplementos salariais convencionados em negociações coletivas, dentre inúmeros outros, apesar de teoricamente bem vinda e desejável, no plano fático é quase impossível de se executada na prática, requerendo gastos com funcionários especializados em matéria trabalhistas, tais quais os auditores fiscais do trabalho, sobrecarregando os cofres públicos.

Defende-se aqui a necessidade de uma fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, fiscalização esta que deve ser empreendida dentro dos limites de sua exequibilidade à luz da razoabilidade e compatível com os instrumentos disponíveis ao Poder Público.

Por fim, quando da extinção ou rescisão do contrato, estabelece o §5º do art.34 que a contratada deverá entregar, após o último mês de prestação dos serviços, no prazo definido no contrato, documentação relativa a:

- termos de rescisão dos contratos de trabalho dos empregados prestadores de serviço, devidamente homologados, quando exigível pelo sindicato da categoria;
- guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS, referentes às rescisões contratuais;

- extratos dos depósitos efetuados nas contas vinculadas individuais do FGTS de cada empregado dispensado; e
- exames médicos demissionais dos empregados dispensados.

Impõe, ainda, que o agente público deve verificar o pagamento das verbas rescisórias, devendo reter a garantia contratual prestada e os valores da fatura correspondentes a 1 (um) mês de prestação de serviços até a comprovação da quitação das obrigações trabalhistas.

Além dessas medidas, há previsão de garantias para o cumprimento dos deveres trabalhistas que devem ser observadas pelo Poder Público.

Nessa linha, a IN nº03/2009 inovou ao inserir o art.19-A, I, com atual redação dada pela IN nº 06/2013, a realização pela Administração contratante de provisões de fundos por meio da reserva mensal de valores a serem destacados do contrato, nos percentuais previsto no anexo VII, e depositados em conta vinculada bloqueada para movimentação, os quais serão utilizados para cobrir despesas com pagamento de férias (e respectivo adicional), 13º salário, multa sobre o FGTS e contribuição social. Em seguida, o inciso V estabelece a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto nas faturas e realizar os pagamentos dos salários e demais verbas trabalhistas diretamente nas contas vinculadas dos trabalhadores quando estes não forem adimplidos.

Do mesmo modo, a IN nº 03/2009 acrescentou o inciso XIX no art.19, repaginado posteriormente pela IN nº 06/2013, incorporando a exigência em instrumento convocatório de garantia de execução do contrato com validade durante a sua execução e 3 (três) meses após o término da vigência contratual, a qual assegurará o pagamento, dentre outros, de obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada.

Do quanto exposto, infere-se que a Administração Pública contratante se desincumbe de sua tarefa fiscalizatória quando: a) durante a licitação, contrata com empresas cuja regularidade trabalhista e de recolhimento de FGTS estejam certificadas nas respectivas certidões, bem como não tenham oferecido propostas manifestamente inexequíveis; b) durante a execução contratual, faça controle permanente por meio da cobrança mensal dos documentos listados na IN

nº02/2008, em especial, da CRF e CNDT; c) também durante a execução, retenha os valores provisionados na forma do art.19-A; d) na rescisão, verifique se os TRCTs foram devidamente homologados, somente liberando a garantia contratual prestada e o pagamento da fatura relativa ao último mês de prestação de serviços mediante a comprovação do pagamento das rescisões dos trabalhadores; e) tendo ciência da sonegação de verbas trabalhistas, deverá reter da fatura os valores para pagamento de empregados devendo depositá-los diretamente nas contas vinculadas, até que a contratada regularize sua situação de inadimplência.

Adotadas tais condutas, a Administração Pública não poderá ser responsabilizada por eventuais débitos trabalhistas inadimplidos, pois fica clara que na situação foram utilizadas todas as cautelas disponíveis. Diversamente, se deixa de realizar algumas das medidas de fiscalização, ou se toma conhecimento de irregularidades e nada faz, tendo facilitado ou sendo conivente com os abusos perpetrados pela empresa terceirizada, fica patente que a inércia do Estado contribuiu para o agravamento dos danos sofridos pelos trabalhadores, devendo ser reconhecida a sua culpa em razão das peculiaridades do caso concreto.

Conforme repetidamente debatido, a mera inadimplência de verbas salariais não é suficiente para que incida a responsabilidade do Estado. Isso porque se na sua tarefa de fiscalização foi constatada a irregularidade, é possível vislumbrar duas posturas antagônicas: 1) o ente público contratante ignora o vício, permitindo que a ilegalidade se repita mês a mês, hipótese em que a culpa do Estado concorreria no agravamento do resultado danoso; 2) adote as providências para sanar as vicissitudes constatadas, e na persistência do vício, rescinda o contrato com a empresa devedora, isentando-se de responsabilidade.

É justamente essa segunda hipótese que será estuda a seguir.

5.2 DAS PROVIDÊNCIAS A SEREM ADOTADAS EM CASO DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES

Durante a atividade fiscalizatória, é possível que a Administração Pública contratante se depare com débitos trabalhistas não quitados pela empresa terceirizada contratada, gerando consequências de ordem prática a serem adotadas

pelo Estado junto à empresa devedora a fim de sanar as vicissitudes averiguadas.

Dentre elas, cite-se a previsão em instrumento convocatório de cláusula que enquadre como falta grave o não recolhimento de FGTS, bem como o não pagamento dos salários, nos termos do art.19, XXVI, da IN nº 02/08:

Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber:

XXVI - disposição que caracterize como **falta grave, compreendida como falha na execução do contrato, o não recolhimento do FGTS dos empregados e das contribuições sociais previdenciárias, bem como o não pagamento do salário, do vale-transporte e do auxílio alimentação**, que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e da declaração de impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013 e retificado em 9 de janeiro de 2014 – publicado no DOU nº 6, Seção 1, pg.58/59) (grifo nosso)

Em razão das peculiaridades do contrato administrativo, que, em regra, não pode ser livremente pactuado, devendo ser precedido de licitação, o que demanda tempo e custo, somado ao princípio da continuidade do serviço público, é desaconselhável o rompimento imediato da relação contratual, até porque a rotatividade de empresas terceirizadas acaba se revelando prejudicial tanto para o interesse público, quanto para os funcionários subordinados às empresas prestadoras de serviço.

Ainda que praticada irregularidade punível com falta grave, deve-se dar preferência à solução que conjugue a correção do vício aliada à conservação da vigência do contrato, sugerindo-se, assim, primeiro, que se notifique a empresa informando das irregularidades encontradas, concedendo um prazo para que adote as medidas cabíveis, de modo que somente ante sua inércia será decretada a rescisão unilateral por inexecução do contrato.

É nesse sentido o art.34-A da mencionada IN nº 02/08:

Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado poderá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

Outra atitude a ser tomada pela Administração Pública é a retenção de valores

das faturas, procedendo ao pagamento diretamente na conta vinculada de cada trabalhador, ou seja, ao invés de pagar à empresa terceirizada a totalidade da contraprestação devida, diante da sua ineficiência de repassar os valores corretos para quitação da folha de salário, a própria Administração de pronto deposita as respectivas quantias nas contas bancárias de cada funcionário. Desse modo, não só protege-se o erário público de eventual reclamação perante a Justiça do Trabalho, bem como assegura aos empregados os direitos previstos nas leis de proteção ao trabalho. Transcreve-se o artigo pertinente:

Art. 19-A. O edital deverá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

V - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a **fazer o desconto nas faturas e realizar os pagamentos dos salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos trabalhadores**, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013) (grifo nosso)

Percebe-se, assim, que o ente público não pode ignorar a situação de violação de direitos trabalhistas por parte da contratada, sob pena de sua inércia estimular a manutenção desse comportamento antijurídico ao longo da relação contratual, prejudicando centenas de trabalhadores.

Tão logo quando constatado o vício, deve o Poder Público refutar a atitude ilícita, aplicando as sanções cabíveis, bem assim notificando a empresa para que regularize sua situação dentro do prazo concedido, sob pena de ter o contrato administrativo rescindido unilateralmente. Nesse ínterim, a falta de credibilidade revelada pela empresa terceirizada justifica o desconto na fatura para que os valores sejam depositados diretamente nas contas vinculadas dos empregados, e, se for o caso, a execução de garantia prevista em instrumento contratual para quitação de passivo trabalhista.

Adotando os procedimentos supracitados, o Estado se desvencilha da imputação de culpa, por outro lado, se queda inerte e ficar comprovado que sua postura permissiva agravou o prejuízo experimentado pelos trabalhadores, sofrerá as consequências jurídicas do reconhecimento sua responsabilidade subsidiária ante a configuração de sua culpa.

5.3 DAS QUESTÕES RELATIVAS À DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O julgamento da ADC nº 16, ocorrido em 24.11.2010, confirmou a validade jurídica do art.71, § 1º da Lei nº 8.666/93, que veda a transferência automática de débitos trabalhistas, no entanto, ficou assentada a possibilidade excepcional de condenação do Estado, desde que lastreada em prova contundente no caso concreto a qual demonstra inequívoca falha do ente público em seu dever de fiscalização. Tal entendimento foi reafirmado quando do julgamento do RE nº 760931 pela Suprema Corte, em 30 de março de 2017.

Todavia, em que pese restar reconhecida a possibilidade excepcional de responsabilidade subsidiária da Administração Pública ante a existência de circunstâncias fáticas acerca de seu comportamento culposos, o STF não adentrou na questão da distribuição do ônus probatório, aliás, nem tinha obrigação de fazê-lo, já que não constituía objeto das ações anteriormente ajuizadas no âmbito da Corte Superior, embora o assunto seja de extrema relevância no resultado na demanda trabalhistas.

Isso porque, no momento de proferir sentença, se o magistrado constata a inexistência ou insuficiência de prova, deverá julgar a demanda improcedente em relação à parte a quem cabia a produção da prova, no entanto, dela não se desincumbiu.

Nesse tocante, merecem destaque os argumentos expostos *obiter dicta* durante os debates jurídicos que precederam o julgamento do RE nº 760931, os quais sinalizaram o posicionamento de alguns ministros sobre o delineamento do encargo probatório nas demandas que discutem o tema. Em sessão plenária, a ministra relatora Rosa Weber asseverou que à semelhança dos processos tributários, a presunção de legitimidade dos atos administrativos não implica na exoneração da Administração Pública de comprovar que os atos fiscalizatórios de fato existiram. Na sua opinião, face aos princípios da igualdade processual, da cooperação, do acesso à justiça, e especialmente, da aptidão da prova é competência do Poder Público demonstrar que houve fiscalização, caso contrário estar-se-ia impondo ao trabalhador a produção de uma prova diabólica, difícil de ser desincumbida na prática.

Vale a pena transcrever um trecho da decisão proferida pela ministra na apreciação de reclamação constitucional na qual se discutia questão acerca da distribuição do encargo probatório:

Quanto ao ônus da prova do exercício de fiscalização do cumprimento das obrigações da contratada, jamais poderia ser atribuída ao empregado, posto que os elementos pertinentes a tal fiscalização seriam – se existentes fossem – de responsabilidade e guarda do Estado contratante, detentor da titularidade para tal; inacessível inclusive aos empregados da prestadora de serviço. Não poderia, pois, o reclamante fazer a prova negativa, como pretende o recorrente. Já quanto à alegação do Estado de que teria comprovado o exercício da fiscalização sobre o procedimento da contratada, entendo que o documento de fls. 46/48, por si só, não serve como prova da fiscalização exercida pelo Estado sobre a mesma, por se tratar de expediente elaborado com o fim específico de subsidiar a defesa daquele, elaborada pelo órgão receptor dos serviços, parte interessada na demanda, informando que a empresa teria apresentado, mensalmente, documentos comprobatórios da quitação dos encargos trabalhistas. Necessário, portanto, que dita informação viesse instruída dos documentos respectivos. Todavia, de concreto, nenhum documento veio aos autos ratificando o que ali fora dito. (Processo: Rcl 21788 PE - PERNAMBUCO 0005811-27.2015.1.00.0000. Publicação: DJe-051 18/03/2016. Julgamento: 14 de Março de 2016. Relatora: Min. ROSA WEBER)⁷⁵

Nesses mesmos termos, a quase totalidade das turmas do TST, com exceção das 6ª e 8ª turmas, encampavam o entendimento no sentido de que incumbe à Administração Pública o ônus da prova de sua conduta comissiva. Transcrevem-se, abaixo, os trechos de ementas dos diferentes órgãos fracionários (1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 7ª e 8ª Turmas, respectivamente) na parte que interessa:

[...] AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. DECISÃO DO STF NA ADC 16. ÔNUS DA PROVA. [...] 4. **A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos artigos 58, III, e 67, § 1º, da Lei 8.666/93. 5. O Supremo Tribunal Federal, ao examinar a Reclamação n.º 13.272, Relatora Ministra Rosa Weber, Dje 03/09/2012, em sede liminar, sufragou entendimento no sentido de que incumbe à Administração Pública o ônus da prova de sua conduta comissiva.**⁷⁶ (grifo nosso)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014
1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA SOBRE A FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO (DECISÃO EM

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 21788 PE**. Relª. Minª. Rosa Weber. Publicado no DJe, 18 mar. 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=51&dataPublicacaoDj=18/03/2016&incidente=4830505&codCapitulo=6&numMateria=33&codMateria=2> >. Acesso em: 17 ago.2017.

⁷⁶ Id. Tribunal Superior do Trabalho. **Ag-AIRR-218100-51.2008.5.04.0018**. Órgão julgador: 1ª Turma. Rel. Des. Convocado. Marcelo Lamego Pertence. Publicado no DEJT, 24 jun. 2016. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProclnt=2013&numProclnt=13849&dataPublicacaoStr=24/06/2016%2007:00:00&nia=6700175>. Acesso em: 17 ago.2017.

CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC 16/DF E PELA SÚMULA 331, V, DO TST). [...] Com efeito, por ser o natural detentor dos meios de prova sobre a fiscalização das obrigações contratuais, bem como da manutenção pelo contratado das condições originais de habilitação e qualificação exigidas na licitação (art. 55, XIII, da Lei 8.666/93), inclusive sua idoneidade financeira (art. 27, III), **pertence ao ente público o ônus de comprovar que desempenhou a contento esse encargo.** Dessa forma, a responsabilização subsidiária da Administração Pública não decorre de presunção de culpa, mas de sua verificação em concreto a partir do conjunto da prova, e das regras de distribuição do onus probandi [...]. (RR - 155100-62.2013.5.17.0011 , Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 29/06/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2016) (grifo nosso)⁷⁷

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECURSO INTERPOSTO NA ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. [...] Com efeito, o Regional consignou que **o Estado "não trouxe aos autos prova de que efetivamente tomou medidas que visassem o fiel cumprimento das obrigações trabalhistas pela 1ª reclamada"**. Nesse contexto, inviável a admissibilidade do recurso de revista, pois **a decisão recorrida encontra-se em consonância com o item V da Súmula 331/TST.** [...] (AIRR - 491-15.2015.5.23.0002 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 29/06/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2016) (grifo nosso)⁷⁸

[...] AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO TERCEIRO RECLAMADO - INSS. APELO INTERPOSTO SOB A VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DA CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. [...] **Sendo a efetiva fiscalização da execução do contrato encargo do ente integrante da Administração Pública, compete a ele provar que cumpriu com o seu dever legal, sobretudo porque eventuais documentos que demonstram a fiscalização estão em seu poder.** Outrossim, pelo princípio da aptidão para a prova, deve ser atribuída ao ente integrante da Administração Pública a comprovação da efetiva fiscalização do contrato, sendo caso, portanto, de inversão do ônus da prova. [...] (ARR - 1021-14.2011.5.04.0026 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 29/06/2016, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2016) (grifo nosso)⁷⁹

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONFIGURAÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. PARÂMETROS FIXADOS PELO STF NO JULGAMENTO DA ADC 16/DF. [...] No presente caso, o Tribunal Regional, ao registrar que "Na hipótese dos autos, verifico que o tomador de serviços não demonstrou que, de fato, fiscalizou o cumprimento

⁷⁷ BRUXEL, Charles da Costa. A responsabilidade subsidiária da administração pública tomadora de serviços, a ADC 16, o STF, o TST e o ônus da prova. Afinal de contas, o ônus de provar a (ir)regularidade da fiscalização e da contratação é do reclamante ou do ente público?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4933, 2 jan. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51484>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

, pela prestadora, do pagamento de verbas trabalhistas e rescisórias da obreira", ressaltou **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. [...] (Ag-AIRR - 10109-57.2014.5.15.0061, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 29/06/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2016) (grifo nosso)⁸⁰

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 [...] RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SÚMULA Nº 331, V, DO TST - ÔNUS DA PROVA [...] **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 (arts. 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 tem acesso, em atenção ao princípio da aptidão para a prova.**[...]. (RR - 760-13.2013.5.04.0662, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 10/08/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/08/2016) (grifou-se e destacou-se)⁸¹

Por outro lado, a 5ª e 6ª Turmas do TST divergem do entendimento acima, levando em consideração os julgados do STF, imputando ao trabalhador o *onus probanti* da falha da fiscalização pelo órgão ou entidade pública contratante:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS SUBJETIVO DA PROVA. DESCABIMENTO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA. CONTRARIEDADE À SÚMULA 331, ITEM V, DO TST, E VIOLAÇÃO AO ARTIGO 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. [...] X - Delineado no acórdão recorrido que a responsabilização subsidiária do recorrente devera-se apenas à ausência de prova de que procedera à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas devidas pela empresa contratada, ônus que se advertiu lhe cabia, inoponível à presunção relativa de legitimidade dos atos administrativos, sobressai incontrastável a alegada violação do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, e contrariedade à Súmula 331, item V, do TST. XII - **Isso considerando ser do reclamante e não do reclamado o ônus de que se demitira do dever de fiscalização das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços, não havendo lugar sequer para a adoção da tese da aptidão da prova, na esteira da presunção relativa de legitimidade dos atos administrativos.** [...]. (RR - 2986-17.2013.5.02.0057, Relator Ministro: Antonio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 03/08/2016, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2016) (grifo nosso)⁸²

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. MÁ - APLICAÇÃO. A 6ª Turma do TST decidiu seguir o teor de decisões monocráticas do STF, que têm afirmado que **é do reclamante o ônus da**

⁸⁰ BRUXEL, 2017.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

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 dos serviços, o que contrariaria o entendimento exarado pela Suprema Corte - ressalvado entendimento contrário do relator -, 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 órgão público contratante, estando prejudicada a análise dos demais temas do recurso. Recurso de revista conhecido e provido. (grifo nosso)⁸³

O posicionamento exarado pela ministra relatora Rosa Weber, apesar de contar com a aderência de mais 4 ministros, foi minoritário, prevalecendo no STF a posição contrária segundo a qual é ônus do empregado apontar nos autos prova de falha da Administração em seu dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada.

Ou seja, para a Suprema Corte, não se admite decisões em instâncias trabalhistas que reconheçam a condenação do Estado diante da ausência de prova de fiscalização efetiva, no entanto, é possível a imputação de responsabilidade se o empregado provar a ausência de fiscalização, ou que essa se deu de forma deficitária.

Isso porque há uma presunção de legitimidade dos atos da Administração, de modo que em regra não responderá por verbas trabalhistas inadimplidas de terceira contratada, regra esta que poderá ser excepcionada, no caso concreto, se houver prova produzida pelo empregado de que o ente público não adotou as medidas previstas em lei para averiguar a regularidade trabalhista da empresa contratada quando da fase de habilitação no processo licitatório ou ao longo da execução contratual, especialmente através da cobrança constante de CRFs e CNDTs, ou que mesmo ciente das irregularidades praticadas, não tomou qualquer providência a fim de minimizá-las, conforme impõe a IN nº 02/08.

Nesse sentido, é o *decisum* do ministro Alexandre de Moraes para quem o *onus probanti* pertence ao trabalhador, devendo a sentença trabalhista que contrariamente atribuiu o encargo ao ente público ser reformada, porquanto aplicou indevidamente a teoria da inversão do ônus da prova, que não incide nesses casos:

⁸³BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista: RR 202075820135040121**. Órgão julgador: 6ª Turma. Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho. Publicado no DJe, 26 jun. 2015. Disponível em: <
<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProclnt=2014&numProclnt=224127&dt aPublicacaoStr=26/06/2015%2007:00:00&nia=6420417>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

No caso concreto, o ato reclamado manteve a responsabilidade imputada à sociedade de economia mista, sob os seguintes parâmetros: 'Nesse plano, a Contratante tem plena possibilidade de demonstrar em juízo que não agiu com culpa in vigilando, bastando para tanto a juntada de documentos e a comprovação de que, observado o princípio da legalidade e a regra da não intervenção, fiscalizou a contratada no sentido de evitar o inadimplemento das verbas trabalhistas. Pelo exame dos autos, como não houve, como lhe competia, a observância efetiva e profícua na fiscalização do contrato, foi necessário ao reclamante que viesse ao judiciário procurar satisfação dos seus direitos. Corrobora essa situação o ato de que a Recorrente não apresentou nenhum documento comprovando a fiscalização que lhe incumbia por força contratual'. **Com efeito, não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados, tampouco há prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador, a revelar presunção de responsabilidade do ora reclamante – conclusão não admitida por esta Corte quando do julgamento da ADC 16.** (grifo nosso)⁸⁴

Na mesma linha, sobre o tema, assim decidiu o ministro Luiz Roberto Barroso, no processo de sua relatoria, em 01 de agosto de 2017:

[...] O Supremo Tribunal Federal firmou, no julgamento do RE 760.931, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, a seguinte tese: 'O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93'. 2. Nesse contexto, a responsabilização do ente público depende da demonstração de que ele possuía conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, deixou de adotar as medidas necessárias para combatê-la. 3. **No caso dos autos, a responsabilidade subsidiária do ente público encontra-se embasada exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização. Desta forma, foi violada a tese jurídica firmada na ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, à luz da interpretação que lhe foi dada no RE 760.931, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux.** (grifo nosso)⁸⁵

Acrescentou ainda que:

[...] Como se vê, o entendimento adotado no julgamento da repercussão geral afastou a responsabilidade subsidiária do ente público, quando embasada exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização pela Administração.[...] **Nesse contexto, penso que a responsabilização do ente público depende da demonstração de que ele possuía conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, deixou de adotar as medidas necessárias para combatê-la. É dizer: somente está autorizada a mitigação da regra do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, caso demonstrado que a Administração teve ciência do reiterado descumprimento de deveres trabalhistas relativamente ao mesmo contrato de terceirização e que, a despeito disso, permaneceu**

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 27257**. Rel. Min. Alexandre de Moraes.

Publicado no DJe, 12 jun. 2017. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=311983868&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

⁸⁵ Id. Supremo Tribunal Federal. **AgR Rcl 13280 RO**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Publicado no DJe, 04 ago. 2017. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=171&dataPublicacaoDj=04/08/2017&incidente=5025451&codCapitulo=6&numMateria=104&codMateria=2>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

inerte. (grifo nosso)⁸⁶

Apesar do entendimento firmado pelo STF, indaga-se acerca da razoabilidade de se atribuir ao trabalhador hipossuficiente a produção de uma prova que lhe é de difícil acesso e as implicações negativas advindas, em especial, no desequilíbrio da isonomia processual e na dificuldade de acesso à Justiça.

Nesse ponto, cabe lembrar que o Novo Código de Processo Civil, em seu art.373, manteve a distribuição estática já prevista no CPC/73, segundo a qual o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, trazendo, em seu §1º, uma inovação ao prever o sistema de distribuição dinâmica do ônus probatório, atendendo à corrente doutrinária e jurisprudencial que já defendiam a possibilidade de inversão do ônus da prova em certas situações jurídicas.

Em razão de sua importância, eis a redação do art. 373, § 1º:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Nesse sentido, assim ensina Daniel Amorim Assumpção Neves:

Apesar de o art.373, §1º, do Novo CPC prever a possibilidade de o juiz atribuir o ônus da prova “de modo diverso”, naturalmente a regra trata da inversão do ônus da prova, até porque, sendo este distribuído entre autor e réu, o modo diverso só pode significar a inversão da regra legal. Tanto assim que o dispositivo expressamente se refere aos casos previstos em lei como umas das hipóteses de fixação “de modo diverso”, e esses casos são justamente do ônus da prova.⁸⁷

Registre-se, ainda, que o TST reconheceu a aplicação subsidiária do art. 373, §1º do CPC/15 ao processo do trabalho, conforme se observa do art.3º, inciso VII, da Instrução Normativa nº 39/2016:

Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:

⁸⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR Rcl 13280 RO**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Publicado no DJe, 04 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=171&dataPublicacaoDj=04/08/2017&incidente=5025451&codCapitulo=6&numMateria=104&codMateria=2>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

⁸⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**.. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2016. Vol. único. p. 658-659.

VII - art. 373, §§ 1º e 2º (distribuição dinâmica do ônus da prova);⁸⁸

Aliás, a Lei nº 13.467/17, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, inseriu, na CLT, o art.818, §1º, com redação idêntica ao do CPC/15, não restando dúvidas acerca da aplicação da inversão do ônus da prova na seara trabalhista.

Assim, ante a sensibilidade do caso concreto, se o magistrado verificar a impossibilidade ou excessiva dificuldade de produção de prova pela parte a quem incumbia primariamente, poderá modificar “as regras do jogo”, atribuindo o ônus à parte contrária, desde que tenha maior acesso à obtenção da prova e ao mesmo tempo não implique em situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (§2º).

Ora, nos processos em que se discute a responsabilidade subsidiária do Estado por falha no seu dever legal de cautela face à empresa contratada, é evidente que entre o trabalhador e a entidade pública contratante, esta última dispõe de melhores condições de acesso às informações acerca dos atos fiscalizatórios empreendidos desde a fase de licitação até a rescisão contratual.

Imputar ao trabalhador a produção de prova da ausência de fiscalização é o mesmo que lhe atribuir o encargo de apresentar prova negativa, também denominada pela doutrina de “prova diabólica”. Por outro lado, apesar de não ser viável a produção de prova de um fato negativo determinado, é perfeitamente possível a comprovação de sua falsidade quando confrontado com a prova de um fato positivo determinado incompatível com aquele:

Note-se que não é difícil a prova de um fato negativo determinado, bastando para tanto a produção de prova de um fato positivo determinado incompatível logicamente com o fato negativo. O problema é o fato negativo indeterminado (fatos absolutamente negativos), porque nesse caso é até possível a prova de que a alegação desse fato é falsa, mas é impossível a produção de que ela seja verdadeira.⁸⁹

Em outras palavras, o fato negativo não pode ser provado, mas é possível que seja desmentido. Transpondo para o objeto do presente estudo, é improvável que o trabalhador consiga provar a ausência de fiscalização, mas é perfeitamente possível rechaçar essa alegação a partir da demonstração nos autos de atos fiscalizatórios por parte da Administração Pública, seja, por exemplo, através da juntada da

⁸⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução Normativa nº 39/2016**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

⁸⁹ NEVES, 2016, p. 658-659.

documentação de regularidade trabalhista e de recolhimento de FGTS (CNDT e CRF, respectivamente) exigida mensalmente, ou até mesmo de cópia de notificação emitida à empresa devedora cientificando das irregularidades detectadas, com a concessão de prazo para correção, sob pena de rescisão contratual, bem como de qualquer outro instrumento de controle admitido na IN nº 02/08, tais como pagamento de fatura mediante a apresentação de contracheques, e qualquer ato inequívoco da eficiência no controle do cumprimento das obrigações trabalhistas.

Nesse sentido, assim dissertaram Rodolfo Pamplona Filho e Danilo Gonçalves Gaspar em artigo acadêmico acerca da responsabilidade subsidiária da administração pública nos casos de terceirização de serviços:

E como fica a questão do ônus da prova? Cabe ao empregado comprovar que a Administração Pública não fiscalizou o contrato ou cabe a esta comprovar a efetiva fiscalização? A resposta a esta pergunta perpassa pela teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, calcada no princípio da aptidão para a prova. Isto porque não resta dúvida de que somente a Administração Pública possui condições materiais de comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento do contrato por parte da empresa contratada, o que deve ser feito através de relatórios, aplicação de sanções em caso de descumprimento, comprovação de retenção de faturas, dentre outros elementos que comprovem que a Administração Pública atendeu ao disposto no art. 67 da Lei nº 8.666/93. Vale destacar, assim, que imputar ao empregado o ônus de comprovar que a Administração Pública não fez a referida fiscalização é imputá-lo o ônus de um fato negativo, o que certamente seria inviável⁹⁰.

Assim, em razão da fragilidade probante, imputar ao trabalhador o ônus da prova malferiria princípios constitucionais de acesso à justiça, contraditório e ampla defesa, bem como desequilibraria a igualdade processual entre as partes, motivo pelo qual, ao contrário do quanto decidido pelo STF, defende-se, data máxima vênia, a inversão do ônus da prova como forma de garantia da isonomia processual.

Sobre a importância da inversão do ônus da prova como instrumento de garantia de uma relação processual justa, transcreve-se:

O fundamental nesta matéria, entretanto, é que o operador tenha em mente que a técnica de inversão do ônus da prova almeja transportar o processo do campo da igualdade formal para o da isonomia substancial, protegendo no plano prático e ético, em honra do contraditório, o interesse daquele que

⁹⁰ GASPAR, Danilo Gonçalves e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O passado e o presente da responsabilidade subsidiária da administração pública nos casos de terceirização de serviços. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://vinciusgmp.jusbrasil.com.br/artigos/399973416/o-passado-e-o-presente-da-responsabilidade-subsidiaria-da-administracao-publica-nos-casos-de-terceirizacao-de-servicos>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

teria especial dificuldade em provar o seu direito.⁹¹

Diante da maior facilidade de obtenção da prova, aliada ao princípio da cooperação (art.6º do CPC/15), defende-se ser louvável que o magistrado se sensibilize com as peculiaridades do caso concreto, decretando a inversão do *onus probandi*, ante a notória aptidão da Administração Pública para a produção do encargo probatório, divergindo-se, aqui, data máxima vênia, do entendimento adotado pela Suprema Corte nas suas recentes decisões.

⁹¹ CESÁRIO, João Humberto. O princípio da aptidão para a prova e a inversão do ônus probatório no processo do trabalho. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2435, 2 mar. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14433>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

6 CONCLUSÃO

A imputação da responsabilidade subsidiária ao Estado pelas verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa contratada trata-se de um dos temas mais debatidos acerca da terceirização.

Por longo tempo, os órgãos de representação jurídica dos entes públicos alegavam que a jurisprudência trabalhista negava vigência ao art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93 cuja redação é incisiva ao vedar a transferência automática de encargos trabalhistas da contratada para o Poder Público contratante.

De outro lado, a jurisprudência trabalhista se esforçava em justificar a condenação do Estado, em especial através dos princípios de proteção ao trabalhador e da aplicação da responsabilidade objetiva do Estado adotada no art. 37, §6º da Constituição Federal.

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal (STF) encerrou a discussão sobre a matéria ao declarar constitucional o art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93, no entanto, ressaltou ser possível a responsabilização subsidiária do ente público desde que comprovada a sua culpa no dever de fiscalizar as obrigações contratuais da empresa terceirizada.

A decisão proferida pela Suprema Corte afastou a ideia de responsabilidade objetiva do Estado, acolhendo a teoria da responsabilidade subjetiva baseada na ideia de dolo ou culpa no seu dever de cautela quanto ao cumprimento das obrigações laborais pela empresa prestadora de serviços, no caso concreto.

Em outras palavras, reconhece-se a constitucionalidade do art.71, §1º, mas afasta a interpretação literal que conduziria à ideia de total irresponsabilidade do Estado, porquanto incompatível com os tempos modernos. Permite-se, portanto, a responsabilização subsidiária da Administração quando, embora não causadora direta do dano, agiu de modo negligente ou imprudente, violando os preceitos normativos estabelecidos, concorrendo, pois, com resultado danoso ou agravando-o.

Nessa linha, o Tribunal Superior do Trabalho revisou a sua jurisprudência a fim de adequá-la ao novo entendimento proferido pela Suprema Corte, dando nova redação à Súmula nº 331, do TST, substituindo a responsabilidade objetiva e

automática da Administração Pública, pela responsabilidade subsidiária culposa, baseando-se na ideia de culpa “*in vigilando*”. Dessa forma, a imputação de responsabilidade ao ente público ficou condicionada à comprovação nos autos de que houve falha no dever de fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho ao longo da execução contratual.

No entanto, na prática, percebeu-se que diversas sentenças trabalhistas condenavam o Estado sob o raciocínio que a mera existência de débitos trabalhistas, por si só, fazia presumir a sua culpa no dever de fiscalização, dando ensejo à nova batalha judicial levada a cabo pelos representantes judiciais do Poder Público, que pretendiam a reforma das decisões por suposta negativa de vigência do art. 71, §1º, violando a coisa julgada da ADC nº16.

Em 30 de março de 2017, o STF, nos autos do RE nº 760931, com repercussão geral reconhecida, reafirmou o veredicto da ADC nº 16, afastando a transferência automática dos débitos trabalhistas de empresas particulares para o Estado, rechaçando a condenação por presunção de culpa, por se equiparar à responsabilidade objetiva. Admitiu-se, contudo, o excepcional reconhecimento de responsabilidade subsidiária quando haja prova irrefutável que a contratação de empresas deficitárias, ou a reiterada violação de direitos trabalhistas só foi possível, porque a Administração atuou fora dos parâmetros normativos de cautela, de modo que a negligência no dever fiscalizatório criou condições favoráveis para a ocorrência ou agravamento do resultado danoso, restando, portanto, patente a parcela de culpa do Estado.

Receia-se, contudo, que a exemplo da ADC nº16, o resultado proferido no RE nº 760931 não seja suficiente para encerrar de vez a discussão no âmbito dos tribunais sobre a questão envolvendo a responsabilidade do Estado por verbas trabalhistas decorrentes da terceirização. Isso porque questões decisivas não foram esgotadas, permanecendo lacunas no que tange ao modo de apreciação da matéria probatória, capazes de prolongar o embate jurídico sobre o tema.

Dentre elas, cite-se 3 pontos cruciais para a resolução do caso que merecem ter seus limites bem delineados: a) a definição sobre o que se considera uma fiscalização efetiva; b) quais as providências que a Administração deve adotar ao tomar ciência de irregularidades cometidas pela empresa contratada; c) como fica a distribuição do ônus da prova.

Vê-se, portanto, que o problema não reside na atual redação do item V da Súmula nº 331, pois compatível com o posicionamento exarado pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Em verdade, há uma desarmonia quanto à apreciação pelos tribunais da matéria fática capaz de se amoldar (ou não) nas hipóteses de culpa “*in vigilando*”, e, em especial, na divergência de posicionamentos quanto à distribuição do ônus da prova, causando uma insegurança jurídica nas relações travadas pelo Poder Público.

Nesse sentido, no âmbito federal, foi editada a Instrução Normativa nº 02/2008 pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a fim de prever mecanismos de proteção do erário público contra eventuais condenações na Justiça do Trabalho, passando por diversas modificações ao longo dos anos.

De forma sucinta, a IN nº02/2008, e suas alterações, estabelece o dever de cautela que se inicia desde a fase da licitação, prolongando-se ao longo da execução contratual, findando no momento posterior à rescisão do contrato, de modo que a falha na fiscalização pode ensejar no reconhecimento da culpa “*in elegendo*” ou “*in vigilando*” da Administração, conforme o momento em que verificada.

A saber, haveria culpa “*in elegendo*” se o órgão licitante se omite na cobrança dos documentos de comprovação da regularidade trabalhista e de recolhimento do FGTS, na fase de habilitação, bem como aceita os termos de proposta manifestamente inexequível, por ter potencial chance de gerar uma situação de dificuldade econômica na empresa, que possivelmente contrairá dívidas dentre elas, trabalhistas, em razão da baixíssima margem de lucro.

Vê-se, pois, que o compromisso se inicia quando nem sequer há vínculo contratual entre as partes.

Quanto à fiscalização na execução contratual, a IN nº02/2008 inicialmente previa o pagamento da fatura ou nota fiscal mediante a apresentação de quitação das folhas de salário e contribuições sociais, sob pena de, caso constatadas irregularidades, serem retidos os valores para pagamento em juízo aos trabalhadores, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. Apesar das medidas serem louváveis, tais disposições foram alteradas pela IN nº 06/2013 a qual passou

a estabelecer uma sistemática diferente de fiscalização, apoiada, especialmente, na cobrança da recém-criada, à época, Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), instituída pela Lei nº 12.440/2011.

De antemão, registre-se que a CNDT foi inserida na Lei de Licitações, tornando-se mais um documento a ser exigido nos certames com intuito de afastar a contratação de empresa contumaz devedora de verbas trabalhistas. No entanto, a CNDT não tem o potencial de atestar a completa idoneidade, pois nela se certificam apenas os créditos trabalhistas não quitados em fase de execução na Justiça do Trabalho, ficando de fora as dívidas não judicializadas, ou pendentes de sentença. Portanto, o comparativo entre as instruções normativas aponta que a previsão contida na redação originária da IN nº 02/2008 era bem mais benéfica aos trabalhadores, no entanto, se esbarra num problema prático, já que é extremamente difícil e custoso que a Administração tenha controle sobre todos os direitos trabalhistas de todos os funcionários que laborem para todas as empresas que mantêm relação com o Poder Público.

Feitas essas observações, a redação atual da IN nº 02/2008, e suas alterações, estabelece que a Administração Pública deve, ao longo de toda a vigência do contratado, cobrar mensalmente uma série de documentos, com destaque para a CRF e CNDT.

Ao mesmo passo, quando da rescisão do contrato, o Poder Público tem a obrigação de verificar o pagamento das verbas rescisórias, devendo reter a garantia contratual prestada e os valores da fatura correspondentes a 1 (um) mês de serviços, até a comprovação dos TRCTs devidamente homologados, guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS, extratos de FGTS e os exames médicos demissionais..

Some-se a previsão de garantias de cumprimento das obrigações trabalhistas que devem constar do instrumento convocatório, sendo elas: a) garantia de execução do contrato, com validade desde o início da relação contratual até 3 (três) meses após o término da vigência; b) retenção de valores provisionados para pagamento de férias, 13º, multa do FGTS e contribuições sociais; e c) pagamento diretamente nas contas vinculadas dos trabalhadores quando constatadas sonegação de direitos perpetrada pela contratada.

Portanto, conclui-se que todas as medidas listadas compõem o dever básico de fiscalização, devendo ser atingidas em conjunto, não havendo margem de discricionariedade para a Administração, a qual tem o encargo de se desincumbir de todos esses instrumentos. A par delas, é perfeitamente possível (e desejável!) que instrumento convocatório estabeleça outros mecanismos de fiscalização, a exemplo do pagamento das faturas mediante comprovação da quitação de folha de salário, com efeitos vinculantes às partes, mormente pelo fato da CNDT possuir margem de erro que pode ser minimizado se complementada com outros meios.

Em que pese a IN nº 02/2008 ser direcionada à Administração Pública federal, defende-se que suas diretrizes para uma fiscalização adequada devem orientar os demais entes federados quando da elaboração de leis sobre questões específicas da licitação, na forma que lhe autoriza o art.22, XXVII, e parágrafo único, da CF/88. Ademais, em virtude do art.55, XIII, da Lei nº 8.666/93 o qual obriga o contratado a manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, depreende-se que independente da IN nº 02/2008, a Administração direta e indireta de todos entes federativos já é obrigada a cobrar repetidamente a CNDT e CRF durante toda a vigência contratual.

O mesmo se diga quanto às providências a serem adotadas caso eventualmente sejam constatadas irregularidades no pagamento de verbas trabalhistas. Isso porque a IN nº 02/2008 mais uma vez cobriu o silêncio da Lei de Licitações, servindo de parâmetro a ser adotado também por toda a administração estadual, municipal e distrital.

Conforme decidiu o STF, o que define a responsabilidade do Estado não é a mera existência de débitos trabalhistas, mas a comprovação de que foi conivente com as vicissitudes perpetradas pela empresa contratada, permitindo o agravamento dos danos causados, quando poderia ter identificado de pronto as irregularidades caso tivesse se valido dos recursos disponíveis para tanto.

Nessa linha, prevê a IN nº 02/2008 o dever da Administração Pública notificar a empresa contratada imediatamente quando na sua atividade fiscalizatória constatar vícios no pagamento de salários, oferecendo prazo para correção espontânea, sob pena de sofrer a rescisão unilateral do contratado. Em razão das peculiaridades do contrato administrativo, que deve ser precedido de licitação, o que requer custo e tempo, bem assim em nome do princípio da continuidade do serviço público,

defende-se que a extinção contratual, como medida punitiva, se dê como *ultima ratio*, em que pese a redação do art.34-A, parágrafo único, *facultar* a possibilidade de concessão de prazo à contratada.

Assim, mesmo diante da inadimplência da terceirizada, o Poder Público fica isento de responsabilidade caso adote as providências destacadas no parágrafo anterior, ao mesmo tempo em que passará a reter valores na fatura para pagamento direto nas contas vinculadas dos trabalhadores, conforme art.19-A, V, até que a empresa regularize sua situação, restabelecendo sua credibilidade quanto ao cumprimento de suas obrigações.

Ao revés, se o Poder Público contratante, diante desse cenário, permanece inerte, aceitando as arbitrariedades praticadas mês a mês pela contratada, mesmo dispondo da autorização legislativa para detê-las, não há dúvidas que agiu faltosamente no seu dever de cautela, devendo, pois, sofrer as consequências de sua conduta omissiva.

Por todo o exposto, depreende-se que a IN nº 02/2008 estabelece os parâmetros que caracterizam a fiscalização adequada, tendo importância prática na valoração das provas pelos tribunais, garantindo, pois, a segurança jurídica nas contratações do Estado, que, de antemão, saberá como deve proceder para bem controlar o cumprimento da execução do contrato, não sendo surpreendido quando demandado em ação judicial.

Ademais, vê-se que, apesar de inicialmente visar resguardar o erário de eventual execução trabalhista, é inegável que, indiretamente, muitos dos instrumentos previstos acabam por proteger os interesses dos trabalhadores, agradando, pois, a ambos os lados. Por essas razões, é salutar que demais entes federativos adotem as atividades fiscalizatórias nos moldes previstos, bem como novos procedimentos sejam estabelecidos em cláusulas contratuais, intensificando a força fiscalizatória do Estado sobre a adimplência de verbas salariais pela contratada.

Em sede de controle concentrado, o STF, apesar de declarar a constitucionalidade do art.71, §1º, afastou uma interpretação fria e literal do mencionado dispositivo, pois em tempos modernos já não se pode cogitar de um Estado Democrático de Direito sem que haja a incidência da responsabilidade

estatal, em alguma de suas modalidades.

Entretanto, percebe-se que após o julgamento do RE nº 760931, a Suprema Corte vem atribuindo ao trabalhador reclamante o ônus da prova quanto à falha na fiscalização por parte do Poder Público, o que, de certa forma, conduz à irresponsabilidade do Estado, porquanto dificilmente o trabalhador terá condições de se desincumbir de tal encargo.

Aliás, o CPC/2015, no art.373, § 1º, prevê a faculdade do magistrado de inverter o ônus da prova diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade da parte a quem incumbiria o encargo, somada à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, o que se amolda perfeitamente nas ações judiciais envolvendo o tema.

Primeiramente, a prova da falta de fiscalização é por natureza uma prova negativa, sendo também denominada de “prova diabólica”, justamente por ser praticamente impossível a sua comprovação na prática. Por outro lado, basta a prova do fato contrário, qual seja, a efetiva fiscalização, para superar a alegação do trabalhador. Assim, entre os sujeitos processuais, é patente que o Estado-réu possui maior facilidade quanto à produção da matéria probatória, tanto por ter amplo acesso aos registros oficiais quanto pela possibilidade jurídica de ser desincumbida.

Em segundo lugar, atribuir o *onus probandi* exclusivamente ao trabalhador desequilibraria a igualdade processual entre as partes, malferindo princípios constitucionais como o acesso à justiça, contraditório e ampla defesa, pois de nada adiantaria acionar o judiciário se, de antemão, é sabido que sua pretensão depende da demonstração de fatos que sequer ocorreram.

Assim, a inversão do ônus da prova surge como instrumento de garantia da isonomia processual, sendo recomendada justamente nessas situações nas quais de um lado uma parte apresenta um potencial probatório fragilizado ante as impossibilidades práticas, enquanto, a outra parte dispõe de perfeitas condições de oferecer nos autos provas sobre as questões discutidas.

Ressalte-se, por fim, que a IN nº 39/16 do TST reconheceu a aplicação subsidiária do art. 373, §1º do CPC/15 ao processo do trabalho, bem assim a Lei nº 13.467/17, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, inseriu na CLT o art.818, §1º, com redação idêntica ao do CPC/15, não restando dúvidas acerca da aplicação

da inversão do ônus da prova na seara trabalhista.

Em tempos de crise econômica, a prática da terceirização é cada vez mais utilizada pelo setor público, como alternativa de redução de custos. No entanto, o déficit nos cofres públicos, agravado pela instabilidade política no país, desemboca, muitas vezes, em atrasos no pagamento à empresa prestadora de serviços. De outro lado, a experiência brasileira revela o despreparo financeiro das empresas terceirizadas, as quais, frequentemente, não dispõem de um capital de giro para suportar o pagamento de salários em caso de atraso por parte da tomadora, não sendo raras as situações em que acabam “quebrando”, desaparecendo do mundo jurídico (bem assim os seus sócios), prejudicando diversos trabalhadores.

Dentro dessa dura realidade, e diante dos resultados da ADC nº 16 e RE nº 760931, é preciso que se redobrem os cuidados para evitar situações em que a Administração seja isenta de culpa mesmo quando aja com imprudência na contratação de empresas sabidamente deficitárias, violando as normas que estabelecem o seu dever de cautela, em verdadeiro abuso de direito.

É nesse sentido que o presente trabalho se propôs a delinear quais são os atos que caracterizam a fiscalização adequada capazes de aferir a (ir)responsabilidade do Estado no caso concreto, partindo das diretrizes estabelecidas pela IN nº 02/2008 do MPOG, as quais devem servir de parâmetro nas contratações realizadas por todos os entes federativos brasileiros. Atrelada à questão da matéria probatória, foi feita a sugestão de atribuir o ônus da prova à Administração Pública-ré, face às impossibilidades de produção de prova negativa por parte do trabalhador-autor, evitando que se retroceda à era da total irresponsabilidade do Estado, incompatível com o nosso Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2012.
- _____. 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. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 22 mar. 2012.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002a. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2012.
- _____. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 dez. 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 22 mar. 2012.
- _____. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 jan. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 22 mar. 2012.
- _____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 22 mar. 2012.
- _____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02 maio 2008a. Disponível em: <<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/Downloads/file?2%20-%202008-Contrata%E7%E3o.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 16/DF – Distrito Federal**. Rel. Min. Cezar Peluso. Autos eletrônicos. Disponível em: <TTP://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2497093>. Acesso em: 20 jul.2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **AgR Rcl 13280 RO**. Rel. Min. Luís Roberto

Barroso. Publicado no DJe, 04 ago. 2017. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=171&dataPublicacaoDj=04/08/2017&incidente=5025451&codCapitulo=6&numMateria=104&codMateria=2>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 27257**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Publicado no DJe, 12 jun. 2017. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=311983868&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 21788 PE**.

Rel^a. Min^a. Rosa Weber. Publicado no DJe, 18 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=51&dataPublicacaoDj=18/03/2016&incidente=4830505&codCapitulo=6&numMateria=33&codMateria=2>>. Acesso em: 17 ago.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 760931**. Rel^a. Min^a. Rosa Weber. Autos eletrônicos. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4434203>>. Acesso em: 18 jul.2017.

_____.Tribunal Superior do Trabalho. **Ag-AIRR-218100-51.2008.5.04.0018**. Órgão julgador: 1ª Turma. Rel. Des. Convocado. Marcelo Lamego Pertence. Publicado no DEJT, 24 jun. 2016. Disponível em:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProclnt=2013&numProclnt=13849&dtaPublicacaoStr=24/06/2016%2007:00:00&nia=6700175>. Acesso em: 17 ago.2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução Normativa nº 39/2016**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista: RR**

202075820135040121. Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho. Publicado no DJe, 26 jun. 2015. Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProclnt=2014&numProclnt=224127&dtaPublicacaoStr=26/06/2015%2007:00:00&nia=6420417>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 256 do TST**. Brasília, DF, 1986. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 27 abr. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331 do TST**. Brasília, DF, 1994. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 27 abr. 2012.

BRUXEL, Charles da Costa. A responsabilidade subsidiária da administração pública

tomadora de serviços, a ADC 16, o STF, o TST e o ônus da prova. Afinal de contas, o ônus de provar a (ir)regularidade da fiscalização e da contratação é do reclamante ou do ente público?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4933, 2 jan. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51484>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

CESÁRIO, João Humberto. O princípio da aptidão para a prova e a inversão do ônus probatório no processo do trabalho. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2435, 2 mar. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14433>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

CHAVES, Luciano Athayde. Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT): reflexões sobre a Lei n. 12.440/11. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 76, n. 2, p. 147-169, fev. 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

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

FANTONI, Natália. **A responsabilidade da administração pública pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora em casos de terceirização de serviços**. 2011. 77 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2011.

FORTINI, Cristiana; PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria da. As terceirizações e as contratações temporárias realizadas pela administração pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF. In: _____. (Coord.). **Terceirização na administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. vol. 3.

GASPAR, Danilo Gonçalves e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O passado e o presente da responsabilidade subsidiária da administração pública nos casos de terceirização de serviços. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://viniciusgmp.jusbrasil.com.br/artigos/399973416/o-passado-e-o-presente-da-responsabilidade-subsidiaria-da-administracao-publica-nos-casos-de-terceirizacao-de-servicos>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. A súmula n. 331 do TST à luz da certidão negativa de débitos trabalhistas. **LTr Suplemento Trabalhista**, São Paulo, v. 47, n. 97, p. 493-496, set. 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2016.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16 e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, ano 75, n. 7, jul. 2011.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston Mamede; ROCHA, Maria Vital. **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2855>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

TOURINHO, Rita. A responsabilidade subsidiária da administração pública por débitos trabalhistas do contratado: a legalidade frente ao ideal de justiça. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Terceirização na administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 89-109.

Youtube. **Pleno - Adiado julgamento sobre responsabilidade por inadimplemento de empresa terceirizada (1/2)**. Vídeo (2h31s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9I_Q9jmCeXI&list=WL&index=2>. Acesso em 20 ago. 2017.