

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAMON RAMOS FERREIRA DE AQUINO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOBRE
VERBAS TRABALHISTAS: A CONTROVÉRSIA SOBRE O TEMA 246 DA LISTA
DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF**

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2015**

RAMON RAMOS FERREIRA DE AQUINO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOBRE
VERBAS TRABALHISTAS**

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito na linha de pesquisa de Direito do Trabalho.

Orientador: Professor Fabiano Coelho

**BRASÍLIA
AGOSTO 2015**

Ramon Ramos Ferreira de Aquino

A Responsabilidade Civil da Administração Pública sobre Verbas Trabalhistas

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito na linha de pesquisa de Direito do Trabalho.

Brasília-DF, 31 de agosto de 2015.

RESUMO

O estudo visa analisar as questões jurídicas acerca da responsabilidade civil do Estado sobre as verbas trabalhistas nos contratos de terceirização promovidos pela Administração Pública e suas ramificações frente à discussão do Tema 246 da Lista de Repercussão Geral do STF. O assunto merece análise porquanto gera milhares de processos na seara trabalhista, todavia segue ainda sem solução definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, a despeito da existência do julgamento da ADC 16-DF, em que se discutiu a constitucionalidade de artigo da Lei nº 8.666/93, que afastaria toda e qualquer responsabilidade da Administração nos referidos contratos de terceirização. Foi realizada extensa pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de modo a abarcar de maneira completa as discussões doutrinárias acerca do julgamento da ADC 16-DF e sua repercussão sobre a validade da Súmula 331/TST, em que se tratou da responsabilidade estatal sobre os contratos de terceirização e suas implicações, bem como sobre a natureza e espécie da responsabilidade e a competência material para sua análise. A pesquisa também buscou tratar do entendimento moderno do Supremo Tribunal Federal que pudesse exprimir a tendência no posicionamento daquela Suprema Corte a ser externada quando do julgamento do Tema 246, através do exame de decisões monocráticas em Reclamações dirigidas à Corte Suprema sobre a questão em comento. Procura-se expor de forma clara e objetiva o tema da responsabilidade estatal sobre os contratos de terceirização nos entes públicos, assunto ainda não pacificado pelos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Terceirização. Responsabilidade Civil. Administração Pública. ADC 16/DF. Tema 246 do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This study aims at analyzing juridical questions on the state liability over labor funds in outsourcing contracts promoted by the Public Administration and its ramifications, in light of the discussion on Theme 246 of the General Repercussion List of the Supreme Court. The subject is worthy of analysis inasmuch as it originates thousands of cases in Labor Law. It remains, however, without a definitive decision by the Supreme Federal Court, in spite of the existence of the trial of the Declaratory Judgement on Constitutionality nº 16/DF, in which the constitutionality of article of the Federal Law nº 8.666/93 was discussed. This law would remove from the public administration any liability over the above mentioned contracts. Extensive bibliographical and jurisprudential research was conducted, aiming at completely covering doctrinal discussions on the trial of the ADC 16/DF and its repercussion over the validity of the Legal Precedent 331 from the Superior Labour Court, in which the state liability over the outsourcing contracts and its implications was discussed, as well as subjects such as nature and species of liabilities and even the competence for its analysis. The research examines monocratic decisions on Constitutional Claims directed at the Supreme Court and discusses the modern understanding of this court, in an attempt to express its tendency on the coming trial of Theme 246. An attempt to perform a clear and objective exposition on the theme of state liability over outsourcing contracts in the public sector is made. This subject is still not pacified by the Supreme Court.

Keywords: Outsourcing. Civil Liability. Public Administration. ADC 16/DF. Theme n. 246 of the Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	8
2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	14
2.1. O ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93.....	14
2.2. A ADC 16-DF	16
2.3. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE	19
2.3.1. A Responsabilidade Objetiva (O Risco Administrativo)	19
2.3.2. A Responsabilidade Subjetiva	22
2.3.2.1. O Ônus da Prova.....	26
2.4. ESPÉCIE DE RESPONSABILIDADE.....	30
2.4.1. A Responsabilidade Solidária.....	30
2.4.2. A Responsabilidade Subsidiária	34
3. A ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PELO JUDICIÁRIO.....	38
3.1. A COMPETÊNCIA PARA ANÁLISE DE EVENTUAL RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO.....	38
3.2 O CABIMENTO DE AÇÃO AUTÔNOMA PARA SUA DISCUSSÃO.....	41
3.3 A CONTROVÉRSIA PERANTE O STF.....	44
3.4. A ABRANGÊNCIA DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO.....	48
4. O TEMA 246 DA LISTA DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF	50
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

O presente ensaio trata da Responsabilidade Civil do Estado sobre as verbas trabalhistas decorrentes dos contratos de terceirização com a Administração Pública.

A ADC 16-DF trouxe à discussão o tema da responsabilidade do Estado nos contratos de terceirização. Na referida Ação Declaratória, pacificou-se, no momento, o entendimento de que o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 é constitucional, ou seja, não é cabível a responsabilização automática da Administração Pública pelo mero inadimplemento de verbas trabalhistas por parte da empresa contratada pelo ente público aos seus funcionários.

Todavia, nos debates realizados em Plenário, os Ministros do STF entenderam que tal constitucionalidade não impediria a Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública quando houver demonstração da culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do ente público (se fala, ainda, em culpa *in omittendo*¹).

Ocorre que, partindo do julgamento da referida ADC 16-DF, surgiram inúmeras reclamações dirigidas à Suprema Corte em que se alega o desrespeito da jurisprudência daquele STF ao condenar a Administração Pública subsidiariamente pelas verbas trabalhistas de funcionários terceirizados.

Tais reclamações são decididas das mais variadas maneiras: há Ministro que reconheça a controvérsia e determina o sobrestamento da ação em curso até o julgamento definitivo do RE 760.931/DF (Tema 246 da Lista de Repercussão Geral), que trata especificamente da Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço.

Por outro lado, há Ministros que entendam que a ADC 16 reconheceu a possibilidade da responsabilização subsidiária da Administração, desde que demonstrada a sua culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, decidindo pelo improvimento da Reclamação e, assim, mantendo a decisão da Justiça Laboral.

Por fim, há aqueles que reconhecem a possibilidade da responsabilização

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 19.281/RS**, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, DJe de 20/04/2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=8246415>. Acesso em 25 ago. 2015.

subsidiária da Administração, entretanto, a culpa deve ser comprovada de maneira cabal e irrefutável, não se presumindo a culpa contra a Administração, invertendo o ônus probatório para o trabalhador que, desse modo, se encontraria numa situação em que deveria produzir a chamada “prova negativa” ou “prova diabólica” (comprovar que a Administração deixou de se promover a fiscalização do contrato administrativo, bem como dos contratos trabalhistas dele decorrentes).

Os entes públicos, por sua vez, defendem a irresponsabilidade estatal nesses casos, que decorreria da interpretação literal e restritiva do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 (considerado constitucional no julgamento da ADC 16-DF). Assim, o ente público sequer deveria integrar a relação jurídico-processual trabalhista desenvolvida entre trabalhador e prestador de serviço.

Esse estudo inicia-se com a visão panorâmica do fenômeno da terceirização na Administração Pública, trazendo ainda uma breve progressão histórica da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro (Capítulo 1).

Estabelecidos os conceitos e bases para a dissecação do tema, no Capítulo 2 será tratada a Reponsabilidade Civil do Estado dentro do instituto da terceirização, em que se visitará a legislação, doutrina e jurisprudência que tratam desde a total irresponsabilidade do Estado, passando pela responsabilidade desde que exista culpa, até a possibilidade da aplicação da responsabilidade objetiva.

No Capítulo 3, será debatida a possibilidade ou não de se analisar essa responsabilidade nos mesmos autos da reclamatória trabalhista contra o empregador direto, em autos apartados ou em ação própria e, neste último caso, a sua competência para julgamento; bem como a responsabilidade da Administração perante as verbas rescisórias e seus consectários (multas rescisórias, dano moral, etc.).

Por fim, no Capítulo 4, busca-se refletir a responsabilidade civil do Estado e suas nuances a partir da discussão ainda existente no Supremo Tribunal Federal, hoje abarcada no Tema 246 da Lista de Repercussão Geral do STF (Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço).

1. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A prática da terceirização na Administração Pública somente surgiu no ordenamento jurídico com o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre “a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências”, que, no §7º de seu art. 10 dispõe que:

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

(...)

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

Essa execução indireta, ou terceirização de serviços, decorreu do “confessado objetivo de ‘impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa’”², entretanto, em um primeiro momento, não se sabia ao certo que “tarefas executivas” seriam essas passíveis de execução indireta. Daí adveio a Lei nº 5.645/70, que, no parágrafo único de seu artigo 3º, definiu quais seriam essas atividades poderiam ser objeto da terceirização. Todavia, tal dispositivo foi revogado pela Lei nº 9.527/97 (revogando a anterior), que definiu as atividades possíveis de terceirização.

Por outro lado, o Decreto-Lei nº 2.300/86, que dispunha sobre as regras gerais para promoção de licitações e contratos da Administração Federal, também elencou determinados serviços que poderiam ser objeto de terceirização.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a terceirização ganha contornos de “regra de exceção”, dada a redação do inciso XXI do artigo 37 da Carta Magna, que dispõe que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”, ou seja, a regra é a

² SILVA, Clarissa Sampaio. Terceirização na Administração Pública: única forma de contratação de serviços relacionados à atividade-meio?: uma análise à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública e dos direitos fundamentais dos trabalhadores. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, maio/ago. 2013. p. 52

licitação, todavia, as exceções ainda virão (ou já estariam previstas) na legislação infraconstitucional.

Nesse contexto, inúmeros textos normativos já dispuseram acerca da terceirização na Administração Pública. Atualmente é regulamentada, além da própria Lei de Licitações, pela Instrução Normativa da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão nº 02/2008, com as alterações feitas pela IN SLTI/MPOG nº 03/2009, e pelo Decreto nº 2.271/1997.

A IN SLTI/MPOG nº 02/2008 dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, mais especificamente, contempla sobre planejamento na fase interna da licitação: regras a serem colocadas nos editais de licitação, balizas para a gestão e fiscalização dos contratos administrativos, de modo a evitar riscos e responsabilização da Administração Pública. Já o Decreto nº 2.271/1997 dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Evidente a natureza complementadora dos normativos sobre a questão.

O Tribunal Superior do Trabalho, ao editar a Súmula nº 331, demarcou os limites para a validação da terceirização dos serviços no Brasil. Tal entendimento significa que todas as situações em que houver terceirização fora do parâmetro fixado pelo enunciado sumular serão consideradas inválidas³.

A propósito, confira-se o teor da supramencionada Súmula, *verbis*:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

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

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

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

³ VIANNA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos Gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do TST**, Brasília, vol. 77, n. 1, jan./mar. 2011. p. 60.

subordinação direta.

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

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

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.⁴

Segundo a Justiça Laboral, a terceirização de serviços somente será válida nos casos de trabalho temporário (na forma da Lei nº 6.019/74), serviços de vigilância (Lei nº 7.102/70), serviços de conservação e limpeza e os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador (Súmula 331, III, do TST). Quanto às atividades elencadas no item III do referido enunciado sumular, o TST cuidou em deixar expresso que a inexistência do vínculo empregatício direto com o tomador de serviços somente ocorrerá desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta. Caso contrário, haverá o que se chama de terceirização ilícita, uma vez que presumidamente a contratação do trabalhador mediante a empresa interposta se deu de forma a burlar as normas trabalhistas em vigor.

Dado o teor da Súmula 331 do TST, é possível afirmar que, salvo no caso do trabalho temporário, regido pela Lei nº 6.019/74, a terceirização somente poderá abranger a prestação de serviços relacionados à atividade-meio do tomador de serviços.

Luciano Elias Reis assevera que atividade-meio é aquela importante para o funcionamento dos órgãos e entidades da Administração, sendo apenas suplementar à atividade-fim, a qual está relacionada à essência das atribuições determinadas normativamente à Administração Pública⁵.

⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**, Brasília, DF, DEJT de 27, 30 e 31/05/2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em 24 ago. 2015.

⁵ REIS, Luciano Elias. Terceirização na Administração Pública: Breves Reflexões Críticas. **Revista Síntese: Direito Administrativo**, São Paulo, v. 10, n 112, abr. 2015, p. 59.

O Decreto nº 2.271/1997 exemplifica algumas atividades que serão consideradas como “meio” no âmbito da Administração Pública, bem como aquelas que não poderão ser objeto de execução indireta. Assim encontra-se disposto o mencionado dispositivo, *verbis*:

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

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

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

Vê-se logo no parágrafo 1º o rol exemplificativo das atividades que poderão ser terceirizadas, uma vez que se caracterizam como acessórias à maioria dos órgãos e entidades públicas. Denise Hollanda Costa Lima afirma que o referido parágrafo “traz uma lista não exaustiva de serviços que são considerados materiais, acessórios, instrumentais ou complementares dos órgãos e entidades da Administração Pública, de modo que quanto a estes, a execução indireta não é só possível como é desejável”⁶.

Por outro lado, o parágrafo seguinte, o Decreto, assim como a Súmula 331 do TST, é claro ao afirmar que, na hipótese de a atividade estar relacionada a alguma categoria funcional abrangida pelo Plano de Cargos do órgão público, por se configurar juridicamente como atividade-fim do respectivo órgão.

A própria Lei de Licitações e contratos administrativos, ao definir o que seria Serviço, para os fins da referida Lei, o conceitua como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”⁷, devendo-se evitar a terceirização de serviços como forma de mascarar o mero fornecimento de mão de obra para o órgão ou

⁶ LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 65. *apud* SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do TST**, Brasília, p.95-130, vol. 77, n. 1, jan./mar. 2011, p.105.

⁷ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Art. 6º, II. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 jul. 1993. Seção 1. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm. Acesso em 24 ago. 2015.

entidade pública.

Nas palavras de Patrícia Pinheiro Silva,

verifica-se que a lei elege como objeto da terceirização a busca por um resultado, a ser obtido por meio da atividade contratada. Disso decorre a inviabilidade de contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra⁸.

Observa-se que o ordenamento jurídico pátrio cuidou em delimitar o arcabouço normativo suficiente para se proceder com a contratação de serviços para execução indireta de determinadas atividades, buscando, assim, o maior foco do Estado no que se chama de atividade-fim e reduzindo os custos nas atividades econômicas do Estado, em um momento em que se evitava o inchaço desmesurado da máquina administrativa.

Todavia, o que se verificou, com o passar dos anos, foi a larga utilização do instituto da terceirização de maneira irregular, sem fiscalização no momento da contratação da empresa prestadora do serviço, na execução dos serviços ou, sequer, na fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas pela prestadora em relação a seus funcionários.

No contexto da terceirização envolvendo empresas privadas, o natural quando ocorre a inadimplência de verbas trabalhistas em desfavor dos funcionários terceirizados, há a responsabilização da empresa tomadora dos serviços pela quitação dos valores devidos.

Ocorre que, com relação aos contratos de terceirização em que a tomadora dos serviços faz parte da Administração Pública, há uma peculiaridade a ser estudada no próximo capítulo: a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) veda em seu artigo 71 a responsabilização do órgão ou entidade pública com relação às verbas de caráter trabalhistas.

Em razão dos reiterados prejuízos sofridos pelo funcionário terceirizado, que frequentemente não recebia da empregadora direta, a prestadora de serviço, a totalidade das verbas rescisórias e eventuais verbas não pagas durante o contrato de trabalho, a Justiça do Trabalho vêm reconhecendo a responsabilização da tomadora de serviço, ainda que integrante da Administração Pública, não obstante haver norma prevista em lei federal que veda a aludida responsabilização.

⁸ SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do TST**, Brasília, vol. 77, n. 1, jan./mar. 2011, p. 110.

A predita responsabilização da tomadora pública e a visada proteção dos direitos do trabalhador passarão a ser mais explorados no capítulo que se segue.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Como já exposto, a Justiça laboral tende a garantir o pagamento dos direitos trabalhistas de funcionários terceirizados, também, nas hipóteses em que a tomadora de serviço integra a Administração Pública.

No entanto, referido assunto é marcado por reiterados debates jurisprudenciais e doutrinários, porquanto há norma proveniente de Lei Federal que veda a responsabilização do ente público pelos aludidos direitos laborais dos chamados funcionários terceirizados.

Quanto ao ponto, observa-se que alguns aspectos são alvos de debates nos tribunais e na academia, mais especificamente a constitucionalidade do dispositivo da Lei de Licitações que veda a responsabilidade do ente público, assim como a natureza da responsabilização pública e a modalidade aplicada à Administração.

2.1. O ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93

De início, tem-se que a Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93 – em seu artigo 71, § 1º, cria, no ordenamento brasileiro, a figura da irresponsabilidade administrativa sobre os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais perante a empresa contratada para prestar serviços ao ente da Administração Pública.

Eis o que dispõe o referido dispositivo:

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.

Na literalidade da mencionada norma legal, a Administração jamais poderia ser responsabilizada pelas verbas trabalhistas oriundas dos contratos de terceirização por ela firmados, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Sobre essa perspectiva, Lúcia Regina Melo de Andrade apresenta contraponto no que concerne à responsabilidade social de tal entendimento. Assevera que, prevalecendo

tal entendimento, o que se verificaria é a completa frustração de direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores.

Afirma Lúcia Regina que

Em perspectiva diversa, o trabalhador não pode ser considerado de maneira isolada, pois a negativa da referida responsabilidade atinge uma considerável coletividade de trabalhadores, cada vez mais crescente. Assim, diante do inadimplemento do prestador de serviço e da conseqüente negativa por parte da Administração Pública verifica-se a frustração dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores que empreenderam seus esforços em prol da produtividade do tomador.

A norma prevista da lei de licitações parece caminhar em sentido contrário a nova postura estatal diante do descumprimento dos direitos fundamentais e sociais. Inclusive, dentre os relevantes estudos acerca dos direitos fundamentais e sua concretização temos a proposta de Jellinek, que desenvolveu a teoria dos quatro status dos direitos fundamentais, quais sejam, status passivo, negativo, positivo e ativo.⁹

Por outro lado, a Justiça do Trabalho vinha externando entendimento no sentido de que a responsabilidade por tais verbas existe e decorreria do simples inadimplemento por parte da empresa prestadora do serviço aos seus trabalhadores.

Tal posicionamento restou sedimentado no Enunciado Sumular nº 331 do TST, editado pela Resolução 90/2000, que assim dispunha, *verbis*:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000

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) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos

⁹ ANDRADE, Lúcia Regina Melo de. Reflexos do Julgamento da ADC 16 da Inteligência da Súmula 331 do TST. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*. João Pessoa, PB, v. 18, n. 1, 2011, p. 90-91.

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).

Como pode se observar, no item IV da Súmula, constava expressamente que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador (prestador de serviços) implicava automaticamente a responsabilização subsidiária do tomador de serviços, inclusive quanto à Administração Pública, desde que participante da relação processual e constasse também do título executivo judicial.

Sérgio Pinto Martins leciona que

o não pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado mostra a inidoneidade financeira da empresa prestadora de serviços. Isso indica que a tomadora de serviços tem culpa *in eligendo* e *in vigilando*, pela escolha inadequada de empresa inidônea financeiramente e por não a fiscalizar pelo cumprimento das obrigações trabalhista¹⁰.

Pode-se dizer, então, que para o professor Sérgio Pinto Martins, a culpa pelo inadimplemento das verbas trabalhistas é presumidamente da Administração, uma vez que escolheu inadequadamente uma empresa para prestar serviços, por ser inidônea financeiramente e, ainda, porque o inadimplemento pressuporia falha na fiscalização no pagamento das verbas trabalhistas pela empresa contratada aos seus funcionários, atraindo a responsabilidade por tais verbas ao ente estatal, sem desconsiderar eventual ação de regresso contra a empresa inadimplente.

2.2. A ADC 16-DF

Diante de reiteradas condenações em desfavor da Administração Pública, mesmo havendo comando legal expresso no sentido da irresponsabilidade administrativa pelos encargos trabalhistas dos terceirizados, o Governador do Distrito Federal ajuizou Ação

¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST**. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 215 *apud* BOHNERT, Luciana Neves. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16: nova visão para a responsabilização da Administração Pública nos encargos trabalhistas de contratos de terceirização. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, MG, ano 13, n. 69, set./out. 2011, p. 296.

Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, para que aquela Corte Suprema se pronunciasse definitivamente acerca da possibilidade ou não de se imputar responsabilidade ao ente público pelas verbas trabalhistas não pagas pela empresa prestadora de serviços aos seus funcionários.

Na inicial da ADC, argumentou-se que o TST, ao julgar conforme os ditames da Súmula 331/TST, vem reiteradamente negando vigência ao artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ofendendo, ainda, os princípios da legalidade e o princípio da responsabilidade do Estado por meio do Risco Administrativo¹¹.

Todavia, em 24.11.2010, o STF julgou, por maioria, procedente a ADC, reconhecendo a constitucionalidade do supramencionado dispositivo legal.

Ocorre que, durante os debates em Plenário, o Ministro a Ministra Carmem Lúcia, ao proferir seu voto, explicitou que a Administração Pública não pode responder objetivamente pelos encargos trabalhistas, nos seguintes dizeres, *litteris*:

A aplicação do art. 71, § 1º, da Lei n. 8666/93 não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa.

Isso não importa afirmar que a pessoa da Administração Pública possa ser diretamente chamada em juízo para responder por obrigações trabalhistas devidas por empresas por ela contratadas.

Entendimento diverso resultaria em duplo prejuízo ao ente da Administração Pública, que, apesar de ter cumprido regularmente as obrigações previstas no contrato administrativo firmado, veria ameaçada sua execução e ainda teria de arcar com consequência do inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada.¹²

Deste ponto, encerrou-se o debate no sentido de que a norma em discussão é constitucional, entretanto, isso não pode retirar o poder da Justiça do Trabalho em reconhecer a responsabilidade da Administração com base em outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento pátrio¹³.

O Relator, Ministro Cezar Peluso, oportunamente, tratou de traçar limites para

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF**. Relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, DJe de 09 set. 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em 24 ago. 2015.

¹² Idem.

¹³ Idem.

essa declaração de constitucionalidade, a fim de evitar a total irresponsabilidade administrativa, estabelecendo que a melhor interpretação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 se limita a impedir a responsabilização automática pelas verbas trabalhistas inadimplidas, uma vez que tal responsabilidade é exclusiva da empresa contratada.

Por outro lado, o completo afastamento da responsabilidade da Administração estaria condicionado por outras normas – por exemplo, outros dispositivos na própria Lei de Licitações – que fixam a obrigação da Administração o dever de escolher uma empresa idônea e que mantenha as condições necessárias para cumprir o contrato e todas as obrigações dele decorrentes, assim como o dever de fiscalizar a sua execução (art. 58 da Lei de Licitações).

Assim, o STF, no julgamento da ADC 16-DF, considerou constitucional o artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, entretanto, registrou-se, nos debates, que tal declaração de constitucionalidade não teria o condão de impedir a Justiça do Trabalho em reconhecer a responsabilidade da Administração Pública com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa¹⁴.

A partir desse julgamento, o TST procedeu à revisão da Súmula 331, tendo editado a Resolução 174/2011, que alterou o item IV e acrescentou os itens V e VI, como se observa a seguir, *verbis*:

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

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

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

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

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF**. Relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, DJe de 09 set. 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em 24 ago. 2015.

serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

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

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.¹⁵

Com a alteração do verbete sumular acima transcrito, a Justiça do Trabalho modificou o entendimento quanto à responsabilização da Administração Pública. Assim, somente com a verificação da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, poderá ser reconhecida a responsabilidade do ente público pelas verbas trabalhistas não pagas pela empresa prestadora de serviço por ela contratada.

2.3. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE

Considerando-se que a Administração Pública poderá ser responsabilizada pelo inadimplemento de verbas trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviço quanto aos seus funcionários – os terceirizados –, é de rigor que haja a explanação dos tipos e modalidades da responsabilidade civil a que está sujeito o ente público: Objetiva, Subjetiva (necessitando, nesse caso, a análise quanto ao ônus da prova da existência de culpa ou dolo), Solidária e Subsidiária.

2.3.1. A Responsabilidade Objetiva (O Risco Administrativo)

Yussef Said Cahali leciona que, no plano da responsabilidade objetiva, o dano sofrido pelo administrado tem como causa o fato objetivo da atividade administrativa

¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**, Brasília, DF, DEJT de 27, 30 e 31/05/2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em 24 ago. 2015.

(comissiva ou omissiva), sendo absolutamente incompatível com o conceito de culpa administrativa, ou, até mesmo, falha no funcionamento do serviço administrativo¹⁶. Continua:

A questão desloca-se, portanto, para a investigação da causa do evento danoso, objetivamente considerada, mas sem se perder de vista a regularidade da atividade pública no sentido de sua exigibilidade, a anormalidade da conduta do ofendido, a eventual fortuidade do acontecimento, em condições de influírem naquela causa do dano injusto, pois só este merece ser reparado¹⁷.

Desse modo, bastaria o simples nexos causal, descartado qualquer elemento volitivo, sendo suficiente identificar a atividade do Estado como causa do dano sofrido pelo administrado, considerando, em último grau, a presunção absoluta de culpa.

A Constituição Federal, no § 6º de seu artigo 37, dispõe 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”¹⁸.

Neste dispositivo a Constituição Federal atribuiu à Administração Pública a responsabilidade objetiva supramencionada pelos danos causados por seus agentes a terceiro, também chamado de Risco Administrativo.

A Justiça trabalhista, por algum tempo, atribuía responsabilidade objetiva aos entes públicos nas hipóteses de inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços contratada aos seus empregados. Desse modo, a mera inadimplência no pagamento das verbas trabalhistas já atraía automaticamente a responsabilidade da Administração por tais verbas. No julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR 297.751/96, em sessão de 11/09/2000, o TST havia pacificado o entendimento de que

Registre-se, finalmente, que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause

¹⁶ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 31.

¹⁷ Idem.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 37, § 6º. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2015.

danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.

Como ensina Hely Lopes Meirelles, em caso de dano resultante de obra, que, guardada a peculiaridade, mas perfeitamente aplicável à hipótese em exame, porque evidencia a natureza da responsabilidade sem culpa da Administração, "o só fato da obra causar danos aos particulares, por estes danos responde objetivamente a Administração que ordenou os serviços, mas, se tais danos resultam não da obra em si mesma, porém da má execução dos trabalhos pelo empreiteiro, a responsabilidade é originariamente do executor da obra, que, como particular, há de indenizar os lesados pela imperfeição de sua atividade profissional e, subsidiariamente, da Administração, como dona da obra que escolheu mal o empreiteiro" (Direito Administrativo - 16ª Edição RT. pág. 553 - 1991)¹⁹.

Contudo, durante o julgamento da ADC 16, a Ministra Carmem Lúcia cuidou em afastar essa responsabilização objetiva, uma vez que ao entender que o “dano” considerado seria o inadimplemento das obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público. Confira-se:

Sabe-se ser requisito para se ter configurada a responsabilidade da entidade estatal que o dano causado a terceiro em decorrência da prestação do serviço público tenha como autor agente público.

A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo de agente público que aja nessa qualidade.

Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, § 1º da Lei 8.666/93. Nesse dispositivo, o 'dano' considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello considera 'sujeitos que comprometem o Estado' "*os que tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio*" (MELLO, Celso Antonio Bandeira de.

¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Recurso de Revista nº 297751-31.1996.5.04.5555**. Relator Ministro Milton de Moura França, Brasília, DF, DJ de 20 out. 2000. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20297751-31.1996.5.04.5555&base=acordao&numProcInt=83959&anoProcInt=1996&dataPublicacao=20/10/2000%2000:00:00&query=>. Acesso em 24 ago. 2015.

Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 891). Assim, a previsão legal de impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado particular não contraria o princípio da responsabilidade do Estado, apenas disciplinando a relação entre a entidade da Administração Pública e seu contratado.

Entendimento diverso poderia levar à preocupação já externada pelo Ministro Gilmar Mendes, em artigo intitulado "*Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União 'seguradora universal'?*", ao afirmar que "*por mais que se faça um pretense juízo de equidade; constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo "à brasileira", no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados*".

Ao argumento de obediência ao princípio de responsabilidade de Estado - de natureza extracontratual - não se há de admitir que a responsabilidade decorrente de contrato de trabalho dos empregados de empresa contratada pela entidade administrativa pública a ela se comunique e por ela tenha de ser assumida.²⁰

Assim, considerando a moderna e, até então, consolidada jurisprudência do STF, somente existirá responsabilidade objetiva quando o causador do dano sofrido pelo particular for agente público, condição esta que não é extensiva às empresas contratadas para prestar serviços à Administração.

2.3.2. A Responsabilidade Subjetiva

Uma vez definido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 16-DF que a Administração Pública não poderá responder objetivamente pelas verbas trabalhistas, devendo restar comprovada a culpa *in eligendo* no processo licitatório e/ou *in vigilando* na execução do contrato administrativo de prestação de serviços, passa-se agora ao estudo da culpa da Administração.

A teoria da responsabilidade subjetiva se ergue sobre a figura do ato ilícito. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, “a essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF**. Relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, DJe de 09 set. 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em 24 ago. 2015.

para o prejuízo sofrido pela vítima. (...) Somente será gerador daquele efeito [ressarcitório] uma determinada conduta que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características”²¹.

Conforme já explanado anteriormente, para a Administração Pública, a regra é a responsabilidade objetiva. Todavia, na forma do entendimento do Supremo Tribunal Federal, em interpretação conjunta com a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho, é possível a responsabilização subjetiva da Administração, na hipótese em que for demonstrada a culpa na escolha ou na fiscalização de empresa contratada para lhe prestar serviços.

A jurisprudência da justiça trabalhista se consolidou e restou sumulada no Verbete nº 331 do TST, em seu item V, no sentido de que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Melhor dizendo, é obrigatória a demonstração de falha da Administração na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais, bem como no cuidado da escolha da empresa a ser contratada no processo licitatório.

Como já exposto no Capítulo 1 deste estudo, a IN SLTI/MPOG 02/2008, com a redação alterada pela IN SLTI/MPOG 03/2009, contempla sobre planejamento na fase interna da licitação, mais especificamente, as regras a serem colocadas nos editais de licitação, balizas para a gestão e fiscalização dos contratos administrativos, de modo a evitar riscos e responsabilização da Administração Pública.

A culpa *in eligendo* (na escolha) ocorre quando a Administração deixa de observar as orientações contidas, não só da Lei nº 8.666/93, mas também, no conteúdo da Instrução Normativa acima mencionada e, desse modo, contrata empresa inidônea ou incapaz de prestar o serviço a contento.

A culpa *in vigilando*, por sua vez, decorre da falha (ou ausência) de

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualização de Gustavo Tepedino. 10 ed. rev. atual., Rio De Janeiro: GZ Editora, 2012.

fiscalização do cumprimento do contrato administrativo, inclusive quanto às obrigações dele decorrentes, como, por exemplo, das obrigações trabalhistas dos funcionários da empresa contratada. Esse dever de fiscalização encontra-se positivado em diversos dispositivos normativos, como, por exemplo, os artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93; artigo 6º do Decreto nº 2.271/97, bem como as disposições constantes na IN SLTI/MPOG 02/2008.

Exemplificando um item a ser fiscalizado pela Administração, de acordo com a IN SLTI/MPOG 02/2008, o ente público somente poderá efetuar o pagamento da Nota Fiscal ou da Fatura apresentado pela empresa contratada, quando estas vierem acompanhadas de algumas comprovações, a seguir elencadas, *verbis*:

Art. 36. O pagamento deverá ser efetuado mediante a apresentação de Nota Fiscal ou da Fatura pela contratada, devidamente atestadas pela Administração, conforme disposto nos art. 73 da Lei nº 8.666, de 1993, observado o disposto no art. 35 desta Instrução Normativa e os seguintes procedimentos:

§ 1º A Nota Fiscal ou Fatura deverá ser obrigatoriamente acompanhada das seguintes comprovações:

I - do pagamento da remuneração e das contribuições sociais (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Previdência Social), correspondentes ao mês da última nota fiscal ou fatura vencida, compatível com os empregados vinculados à execução contratual, nominalmente identificados, na forma do § 4º do Art. 31 da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, quando se tratar de mão-de-obra diretamente envolvida na execução dos serviços na contratação de serviços continuados;

II - da regularidade fiscal, constatada através de consulta "on-line" ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, ou na impossibilidade de acesso ao referido Sistema, mediante consulta aos sítios eletrônicos oficiais ou à documentação mencionada no art. 29 da Lei 8.666/93; e

III - do cumprimento das obrigações trabalhistas, correspondentes à última nota fiscal ou fatura que tenha sido paga pela Administração.

§ 2º O descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e as relativas ao FGTS ensejará o pagamento em juízo dos valores em débito, sem prejuízo das sanções cabíveis.

§ 3º O prazo para pagamento da Nota Fiscal/Fatura, devidamente atestada pela Administração, não deverá ser superior a 5 (cinco) dias úteis, contados da data de sua apresentação, na inexistência de outra regra contratual.

§ 4º Na inexistência de outra regra contratual, quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento, em que os juros de mora serão calculados

à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou 6% (seis por cento) ao ano, mediante aplicação das seguintes formulas:

(...)

§ 5º Na hipótese de pagamento de juros de mora e demais encargos por atraso, os autos devem ser instruídos com as justificativas e motivos, e ser submetidos à apreciação da autoridade superior competente, que adotará as providências para verificar se é ou não caso de apuração de responsabilidade, identificação dos envolvidos e imputação de ônus a quem deu causa.²² (grifo nosso).

Ademais, na hipótese prevista no § 2º do artigo acima transcrito, a Administração Pública deverá depositar os valores em juízo, de modo a garantir o direito dos funcionários da empresa contratada.

Ou seja, além do dever de fiscalizar, o ente público ainda tem o dever, caso se constate a mora da empresa contratada, de depositar os valores correspondentes às obrigações trabalhistas, previdenciárias e relativas ao FGTS, medida esta que seria, em tese, suficiente para ilidir eventual culpa *in vigilando*, tendente a afastar a responsabilidade subsidiária por tais verbas.

Na mesma linha o art. 6º do Decreto nº 2.271/97 dispõe que:

Art. 6º A administração indicará um gestor do contrato, que será responsável pelo acompanhamento e fiscalização da sua execução, **procedendo ao registro das ocorrências e adotando as providências necessárias ao seu fiel cumprimento**, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato.²³ (grifo nosso).

A referida norma obriga a Administração a indicar um gestor do contrato responsável pela fiscalização de sua execução, bem como do registro e adoção das providências necessárias para seu fiel cumprimento.

Como se vê, considerando as normas acima transcritas, as culpas *in eligendo* e *in vigilando* são de simples demonstração, o que, caso seja aceita a corrente que defende a

²² BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa n. 02, de 30 de abril de 2008**. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Art. 36. Diário Oficial da União, Brasília, 2 mai. 2008. Seção 1ª, p. 91. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in02_30042008.htm. Acesso em: 24 ago. 2015.

²³ BRASIL. **Decreto n.º 2.271, de 7 de julho de 1997**. Art. 6º. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 jul. 1997. Seção 1. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm. Acesso em 24 ago. 2015

existência de responsabilidade subjetiva da Administração Pública, tal demonstração seria suficiente para eventual condenação da Administração pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa contratada.

2.3.2.1. O Ônus da Prova

A partir da tese acima ostentada, é necessário discutir a questão do ônus probatório da existência das culpas na escolha e na falha (ou ausência) na fiscalização da empresa contratada por processo licitatório para prestação de serviços.

O atual Código de Processo Civil acolheu a Teoria Estática do Ônus da Prova (ou Teoria Clássica), em que há prévia fixação do ônus probatório, nos termos de seu art. 333, que dispõe que, em regra, o ônus da prova é do autor, a quem compete demonstrar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Confira-se, *verbis*:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Por outro lado, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart asseveram que há situações em que se exige que o ônus da prova seja tratado de forma diferenciada. Esclarecem os autores que “a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência”²⁴

Seguindo outra linha, a Justiça do Trabalho, ao analisar o ônus da prova no processo trabalhista, tende a se utilizar da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova (ou Princípio da Carga Dinâmica da Prova), inclusive já presente no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), em seu artigo 373.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil Vol. 2: Processo de Conhecimento**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Para os autores Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, a teoria acima mencionada é aquela

segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode. Esse posicionamento justifica-se os princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade (...). Enfim, de acordo com essa teoria: i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o interesse em prova-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova.²⁵

Simplificando, o ônus probatório será daquela parte que melhor puder suportá-la. Em uma relação jurídico-processual trabalhista em que se discute a existência de culpa *in vigilando* (ausência ou falha na fiscalização da execução do contrato), parece razoável a compreensão de que, uma vez que há um gestor indicado pelo ente público com a atribuição de fiscalizar, registrar todas e quaisquer ocorrências e adotar as providências necessárias para a fiel execução do contrato, o ônus da prova deverá ser suportado pela Administração.

Tal presunção se deve ao fato de ser a Administração Pública a detentora de eventuais relatórios de fiscalização do contrato. Desse modo, a simples apresentação desses documentos seria suficiente para afastar a culpa necessária para responsabilizar o ente público, porquanto demonstrada a efetiva fiscalização do contrato.

Com relação à culpa *in eligendo*, a facilidade de produção da prova também pode ser imputada à Administração. No tocante à escolha da empresa a ser contratada para prestar serviço para um ente público, Marcos Malaquias expõe que deve ser conferido um maior cuidado da Administração durante o processo de licitação.

Assevera Malaquias que

a Administração Pública deve sempre selecionar, com prioridade ante

²⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 2.** Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. 5 ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

as demais participantes do certame, as empresas que possuem condições suficientes ao cumprimento das questões jurídicas, técnicas e econômicas e, num segundo momento, o menor preço.

Com a adoção dessa medida, o próprio interesse público, em última análise, estará preservado. Justamente por isso, existe no âmbito da Lei de Licitações disposição expressa a respeito do cumprimento dos requisitos para habilitação da empresa a ser contratada. É o que dispõem os arts. 27 a 37 da Lei nº 8.666/93 (...).

No momento da habilitação jurídica da empresa, o ente público tem totais condições para constatar a qualificação técnica, econômica, jurídica e financeira. Nesse momento, é possível constatar se a empresa participante terá condições ou não de cumprir o objeto da licitação.²⁶

Desse modo, na hipótese de o ente público agir com negligência no momento da habilitação jurídica da empresa a ser contratada, inafastável a culpa da Administração no processo de escolha. Assim, da mesma forma do exposto em momento anterior, a facilidade de produzir prova que eventualmente afastaria a culpa na escolha é da Administração Pública.

Ocorre que, apesar de doutrinariamente haver a sedimentação de que, nas hipóteses acima elencadas, o ônus probatório deva ser da Administração, ainda há divergência acerca do referido entendimento entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, na Reclamação nº 19.495/RJ, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgada em 23 de fevereiro de 2015, e publicada em 4 de março de 2015, o Relator deu provimento ao pleito, afastando a responsabilidade da Administração Pública, ao fundamento de que somente nos casos em que se lograr comprovar terem sido os atos administrativos praticados em desconformidade com a lei e aptos à interferir no direito pleiteado pelo trabalhador poderá o Poder Público ser responsabilizado, no limite de sua culpa, por verbas trabalhistas devidas a empregado contratado por empresa submetida a processo licitatório, o que não teria ocorrido no caso sob exame.

No caso ora em apreço, o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, ao julgar Recurso Ordinário nos autos da Reclamatória Trabalhista nº 0011496-22.2014.5.01.0571, especificamente quanto à responsabilidade subsidiária do ente público decidiu que o Município, naquela ocasião recorrente, não teria trazido aos autos qualquer

²⁶ MALAQUIAS, Marcos. Inadimplemento Trabalhista e Julgamento da ADC nº 16/DF. **Revista do TST**, Brasília, p. 85-94, vol. 77, n. 1, jan./mar, p. 91.

elemento de convicção capaz de comprovar a efetiva fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviço, com relação aos seus empregados.

Neste ponto é possível observar um ponto importante: o Ministro Toffoli entende que somente nos casos em que houver prova irrefutável de que os atos administrativos tiverem sido praticados em desconformidade com a lei é que se comprova a culpa apta a atrair a responsabilidade da Administração.

Ora, como já explicitado anteriormente, a facilidade da produção da referida prova é da Administração Pública, e, assim, de acordo com a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova (também chamada de Princípio da Aptidão para a Prova), o ônus probatório é do ente público, que, no caso acima relatado, não se desincumbiu dessa obrigação.

Manter o entendimento explanado na Reclamação *supra* significa impor à parte contrária a produção de prova negativa (ausência de fiscalização) ou de quase impossível comprovação (falha na fiscalização ou na escolha da empresa contratada), uma vez que quem detém os documentos, se existentes, aptos a comprovar a fiscalização do ente público ou que o processo licitatório não possui qualquer vício, é a própria Administração Pública.

Alexandre Freitas Câmara conceitua Prova Diabólica como “expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração. Também a jurisprudência emprega a expressão, normalmente, para fazer referência à prova de que algo não ocorreu (equiparando, assim, a prova diabólica e a prova negativa)”²⁷.

Na Reclamação Constitucional anteriormente mencionada, observa-se que a prova da culpa fica extremamente difícil para uma das partes. É o que Didier chama de “prova unilateralmente diabólica”, ou seja, extremamente difícil de ser produzida por uma das partes, mas viável para a outra²⁸.

O mencionado autor assevera, ainda, que “quando se está diante de uma prova

²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. **Revista Dialética de Direito Processual – RDDP**, São Paulo, n. 31, out. 2005.

²⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 2**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. 5 ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

diabólica deste viés, insusceptível de ser produzida por aquele que deveria fazê-lo, de acordo com a lei, mas apta a ser realizada pelo outro, o ônus probatório deverá ser distribuído dinamicamente, caso a caso, na fase de saneamento ou instrutória – em tempo do onerado desincumbir-se²⁹.

É preciso ressaltar que o posicionamento proferido na Reclamação nº 19.495/RJ foi externado em decisão monocrática, ou seja, não passou pelo crivo dos outros Ministros da Corte e, portanto, ainda pode vir a ser suplantado.

2.4. ESPÉCIE DE RESPONSABILIDADE

Considerando o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado nos casos em que há o inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviço perante os funcionários terceirizados, é de rigor a análise mais detalhada da natureza da responsabilidade a ser imputada ao ente público, ou seja, o Estado deve responder de maneira solidária ou subsidiária nessa hipótese.

Nessa linha, é essencial a análise da prescindibilidade da verificação de culpa e dolo do Estado para determinar se o ente público deverá integrar ou não o polo passivo da demanda trabalhista.

2.4.1. A Responsabilidade Solidária

A solidariedade é um instituto originado no direito civil, mas amplamente utilizado no direito trabalhista, como uma ferramenta para tutelar a observância das normas cogentes que estão inseridas no ordenamento jurídico laboral e, ainda, evitar fraudes³⁰.

Assim dispõe o Código Civil acerca da solidariedade, *verbis*:

Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

²⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 2.** Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. 5 ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

³⁰ HIERREZUELO, Ricardo Diego; NÚÑEZ, Pedro Fernando. **Responsabilidad en Contrato de Trabajo.** 3 ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

Ao trasladar tal conceito para o âmbito trabalhista, tem-se que na responsabilidade solidária tem-se mais de um devedor. Nessa hipótese, mesmo tendo o empregado trabalhado para uma só empresa, esse poderá de quem irá receber a dívida integralmente.

O exemplo mais recorrente na Justiça do Trabalho de responsabilidade solidária está no Grupo Econômico, prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), já no § 2º de seu artigo 2º, que assim dispõe, *verbis*:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(...)

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.³¹

Outro exemplo bastante encontrado na jurisprudência se trata da responsabilidade pela sucessão de empregadores, que, em regra, não gera qualquer responsabilidade ao empregador sucedido. Todavia, poderá haver solidariedade entre sucedido e sucessor quando há comprovada fraude na alteração dos empregadores.

Nessa linha, o Tribunal Superior do Trabalho mantém entendimento sólido no sentido de que, “nos termos do arts. 10 e 448, da CLT, em se tratando de sucessão de empresas, a consequência jurídica é a transferência da responsabilidade exclusivamente para o sucessor, exceto no caso de ocorrência de fraude ou insuficiência de recursos do sucessor para arcar com as obrigações trabalhistas, hipóteses em que sucedido e sucessor serão responsabilizados solidariamente”³².

³¹ BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452**, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 2º, § 2º. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. Seção 1. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452compilado.htm. Acesso em 24 ago. 2015.

³² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 655-98.2013.5.15.0025**, Relatora Desembargadora Convocada: Jane Granzoto Torres da Silva, Brasília, DF, DEJT de 14 ago. 2015. Disponível em

Estabelecidos os pontos gerais, discute-se a questão da terceirização. Partindo da premissa constante da ADC 16, deve-se considerar que, nas questões em que envolvem terceirização de serviços pela Administração Pública, existe dissonâncias entre doutrina e jurisprudência.

O ponto pacífico da questão se resume à terceirização ilícita, esta tanto a doutrina quanto a jurisprudência são uníssonas ao estabelecer a responsabilidade solidária do prestador de serviços e do tomador de serviços, quanto às obrigações trabalhistas devidas ao terceirizado, ainda que o tomador de serviços seja a Administração Pública.

Quanto à terceirização lícita, os juristas Márcio Viana, Gabriela Delgado e Helder Amorim, em um ensaio sobre a terceirização, defendem a solidariedade da responsabilização, por entenderem que isso poderia inibir tal prática ou, ainda, levaria a tomadora do serviço a escolher com mais cuidado o fornecedor, não obstante semelhante justificativa é apresentada por aqueles que defendem a responsabilidade subsidiária da Administração.

Para os autores *supra*:

No caso da terceirização lícita, parece interessante tornar solidária a responsabilidade.

É verdade que, pela lei civil, a solidariedade não se presume; vem da lei ou do contrato. Mas se esse argumento bastasse, não valeria também para a subsidiariedade? Em ambos os casos, quem paga a conta é um terceiro – e essa é a razão daquela regra. Na verdade, porém, a palavra “lei” deve ser entendida em sentido amplo, de “direito”.

(...)

A nosso ver, a opção por uma responsabilidade solidária, e não apenas subsidiária, teria dois aspectos positivos. De um lado, inibiria a terceirização, ou pelo menos levaria a empresa-cliente a escolher com mais cuidado o fornecedor. De outro, como pondera Souto Maior, poderia simplificar e agilizar as execuções.³³

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20655-98.2013.5.15.0025&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAN4GAAK&dataPublicacao=14/08/2015&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em 24 ago. 2015.

³³ VIANNA, Márcio Túlio. DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos Gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do TST**, Brasília, vol. 77, n. 1, jan./mar. 2011, p. 62.

Como se vê, o posicionamento doutrinário em referência justifica a opção pela solidariedade como medida pedagógica (inibição da prática ou a melhora na escolha dos prestadores), bem como como medida que favorece o trabalhador (com a simplificação e aceleração das execuções).

É bem verdade que posicionar a Administração Pública no mesmo patamar empresa prestadora de serviços, quanto à responsabilidade pelas verbas trabalhistas dos funcionários terceirizados, confere ao trabalhador – a parte mais fraca da relação jurídica – maior garantia da efetivação dos seus direitos, uma vez que já poderia executar diretamente o ente público em busca de seu crédito.

Por outro lado, impor a solidariedade nessa relação entre a empresa contratada (prestadora de serviços) e a Administração Pública (tomadora de serviços) implica na oneração excessiva do contrato administrativo.

Ora, o ente público paga à empresa contratada valor correspondente aos encargos por ela suportada, além do lucro da empresa pela operação. Nessa situação, a contratada já recebe antecipadamente os valores devidos a título de obrigações trabalhistas, fiscais, previdenciárias, relativas ao FGTS dos funcionários por ela contratados. Não seria razoável que a Administração deva pagar novamente algo que, em tese, já deveria ter sido pago.

Todavia, como já debatido em capítulo anterior, o ordenamento jurídico pátrio estabelece diversas normas que obrigam a Administração a fiscalizar a execução dos contratos administrativos e a adotar providências no caso de descumprimento dos termos contratuais, caso, por exemplo, do artigo 36 da IN SLTI/MPOG 02/2008, ao tratar sobre o pagamento da empresa contratada, e o artigo 67 da Lei de Licitações que determina a indicação de um gestor com poderes para fiscalizar a execução do contrato e adotar as providências que forem necessárias para à regularização das faltas ou defeitos observados.

Evidente, então, entender que, no caso de descumprimento das obrigações imputadas à Administração, seja pela Lei, seja pelo próprio contrato, deverá ser considerada para efeitos de responsabilização a culpa da Administração.

Ocorre que, embora o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16-DF, tenha, de acordo com os debates no Plenário, reconhecido que, na hipótese em que se

comprovar a existência de culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, é possível responsabilizar subsidiariamente quanto às verbas inadimplidas pela empresa contratada.

Assim, as hipóteses em que ocorrerá a responsabilidade solidária da Administração já estão elencados nas leis e, também, na jurisprudência dos Tribunais pátrios, não sendo possível aplicar tal espécie de responsabilidade nas hipóteses de terceirização lícita.

2.4.2. A Responsabilidade Subsidiária

Diogo Palau Flores dos Santos conceitua de modo claro a subsidiariedade ao afirmar que

Ao se adotar o entendimento da expressão com fundamento da etimologia da palavra, chega-se a outra percepção, pois *subsidiário* vem do latim *subsidiarius*, que designa o que é “secundário”, pressupondo a existência do principal. Portanto, o que *subsidia* ampara ou reforça algo; assim, responsabilidade subsidiária seria aquela que reforçaria uma outra responsabilidade dita principal³⁴. (grifos no original).

Com o viés mais demonstrativo, Sandra Sinatora ilustra que “na responsabilidade subsidiária, existe um devedor principal, contudo, na hipótese do não cumprimento da obrigação por parte deste, outro sujeito responderá subsidiariamente pela obrigação. (...) Essa responsabilidade se justifica [no Direito do Trabalho], pois, apesar de não ser o contratante direto do empregado, a empresa [tomadora] se beneficia da mão de obra do trabalhador terceirizado, devendo, então, arcar com os riscos de sua atividade”³⁵.

Isto é, a responsabilidade subsidiária somente surge na relação jurídica após esgotados os meios de exigência do responsável principal. Na hipótese de um contrato de terceirização de serviços, o responsável principal é a empresa prestadora do serviço, ou seja, quem efetivamente contrata o trabalhador, o qual desempenhará suas funções na empresa tomadora de serviços, que, em regra, será a responsável subsidiária pelas obrigações

³⁴ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁵ SINATORA, Sandra. Responsabilidade Subsidiária e Solidária nas Relações de Emprego. **Jornal Trabalhista Consulex**. Brasília, ano 29, n. 1443, set. 2012, p. 4.

decorrentes do contrato de trabalho entre o empregado “terceirizado” e a empresa prestadora de serviços.

O Tribunal Superior do Trabalho, diante de reiteradas reclamações trabalhistas em que se discutia a modalidade da responsabilidade aplicável aos aludidos contratos de terceirização, editou a Súmula 331, que, após duas alterações – a última procedida após o julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal da ADC 16-DF –, exibiu a seguinte redação, *verbis*:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

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

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

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

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

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

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.³⁶

Desta forma, por um momento, pacificou-se a jurisprudência do TST no sentido de imputar à Administração Pública a responsabilidade subsidiária pelas verbas

³⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**, Brasília, DF, DEJT de 27, 30 e 31/05/2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em 24 ago. 2015.

inadimplidas pela empresa prestadora de serviços contratada, quanto aos seus funcionários, desde que comprovada alguma modalidade de culpa (conforme debatido nos itens 2.2.1 e 2.2.2) por parte da Administração, conforme restou decidido na ocasião do julgamento da ADC 16 pelo STF.

Retomando a discussão sobre o julgamento da ADC 16, é oportuno observar que a ementa do julgado somente faz remissão à impossibilidade de responsabilização automática do ente público pela inadimplência negocial da empresa contratada (real empregadora), dada a declaração de constitucionalidade ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Ou seja, no dispositivo do julgado não há qualquer menção à possibilidade da Justiça do Trabalho reconhecer a culpa da Administração e, assim, responsabilizá-la subsidiariamente pelos encargos devidos aos trabalhadores vinculados à prestadora de serviços.

A aludida viabilidade na responsabilização do ente público foi somente traçada nos debates ocorridos em Plenário, portanto, integrantes dos fundamentos do acórdão da predita Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A discussão, então, partiu para os efeitos da coisa julgada da ADC 16, quanto à possibilidade de qualquer responsabilização da Administração, nas hipóteses de terceirização.

O artigo 469 da Lei nº 5.869/73, o atual Código de Processo Civil, dispõe claramente que não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.

No caso específico da aludida ADC, pode-se afirmar que a coisa julgada material somente abarcou a declaração de constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações e o comando no sentido de que a Administração não poderá responder automaticamente pelo inadimplemento das verbas trabalhistas da empresa por ela contratada para prestar serviços.

A tese que estabelece que, não obstante a constitucionalidade do referido dispositivo legal, “não impede” a Justiça do Trabalho a responsabilizar o ente público de forma subsidiária, fundamento de direito constante dos debates em Plenário, portanto, parte dos fundamentos do acórdão.

Todavia, a jurisprudência pátria é pacífica no sentido de que somente a parte

dispositiva da sentença é alcançada pela coisa julgada material. Por essa razão, os fundamentos de fato e de direito em que se baseou a sentença não são atingidos pela coisa julgada e podem ser reapreciados em outra, na forma do disposto no art. 469 do CPC.

No julgamento do AgRg no AgRg no AREsp nº 515.791/RJ, de relatoria do Ministro Herman Benjamin³⁷, a seguir ementado, restou claro e objetivo o entendimento acima mencionado³⁸. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. SENTENÇA. DIVERGÊNCIA ENTRE FUNDAMENTAÇÃO E DISPOSITIVO. PREVALÊNCIA DESTA, EM REGRA. PREQUESTIONAMENTO DE FATO E DE DIREITO EXISTENTES. NÃO APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 7 E 211/STJ.

(...)

4. Em observância ao art. 469, I, do CPC somente o dispositivo da sentença faz coisa julgada. Nesse sentido: REsp 968.384/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 27.2.2009; EDcl no AgRg no Ag 1.238.609/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 17.12.2010.

5. Não havendo menção, portanto, de devolução em dobro do indébito (art. 42 do CDC) na parte dispositiva da sentença, viola a coisa julgada o cômputo duplicado de tais parcelas.

(...)

7. Agravo Regimental não provido.

Naquele julgado, o Ministro Benjamin, em seu voto, expressamente consignou que apenas o que está expressamente mencionado na parte dispositiva do *decisum* faz coisa julgada.

Não há motivo, então, para aplicar exegese diferente à ADC 16, de modo que a discussão acerca da possibilidade de qualquer responsabilização da Administração Pública ainda encontra-se indefinida, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 543-B do CPC, reconheceu a repercussão geral sobre a matéria, o identificando como Tema 246 da Lista de Repercussão Geral, que será analisado mais à frente.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 515.791/RJ**, Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, DJe de 03/02/2015. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401128389&dt_publicacao=03/02/2015. Acesso em 24 ago. 2015.

³⁸ No mesmo sentido: AgRg no REsp 1498093/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, DJe de 25/06/2015 (STJ); AgRg nos EDcl no AREsp 99.368/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe de 07/12/2012 (STJ); e AI 129817 AgR, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, DJ 10-11-1989 (STF).

3. A ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PELO JUDICIÁRIO

Estabelecidas as bases conceituais para a imputação da responsabilidade ao Estado, surgem dois questionamentos importantes para definir os caminhos para o exame dessa responsabilidade: a competência para seu debate e, a partir daí, a possibilidade para o ajuizamento de ação autônoma, à parte da Reclamação Trabalhista original, para a verificação da responsabilidade do Estado e a persecução do adimplemento dos direitos reconhecidos na reclamatória original.

3.1. A COMPETÊNCIA PARA ANÁLISE DE EVENTUAL RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO

Um ponto importante a se discutir reside na competência para a análise da responsabilidade subsidiária da Administração (acerca da existência de culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*), se tal atribuição merece permanecer como de competência da Justiça do Trabalho.

O item V da Súmula 331 do TST expõe que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV (desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial), 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.

Aponta, ainda, que a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, ou seja, a responsabilidade não é automática, deve ser demonstrada.

A conduta culposa citada no enunciado se refere às culpas *in eligendo*, *in vigilando*, temas já esmiuçados no item 3.2.2 do presente estudo.

Entretanto, ao se analisar eventual culpa na escolha da empresa contratada ou na ausência ou falha na fiscalização da execução do contrato administrativo, o conteúdo da *quaestio juris* foge ao âmbito do Direito do Trabalho, sendo matéria exclusivamente de Direito Administrativo. E, assim sendo, a Justiça Laboral seria absolutamente incompetente para a análise das referidas questões.

Assim dispõe o artigo 114 da CF, ao elencar as competências da Justiça do Trabalho, *verbis*:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar.

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito³⁹.

Nota-se que a competência da Justiça do Trabalho abrange, em breve resumo, demandas envolvendo verbas e direitos trabalhistas. Tanto o é que, após elencar oito situações que seriam de competência da justiça laboral, o inciso IX do artigo 114 da CF literalmente estabelece como de competência da Justiça do Trabalho “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”.

Entretanto, em apurada análise, é possível verificar que a análise da referida

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 114. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2015.

culpa afasta a competência da Justiça do Trabalho, porquanto envolve a análise de contrato administrativo e a relação entre o ente público e a empresa prestadora de serviços.

Explica-se.

De acordo com a posição mais moderna do STF, a Administração somente poderá ser responsabilizada subsidiariamente, com relação às verbas trabalhistas dos funcionários da empresa prestadora de serviço (terceirizados), caso se demonstre a culpa *in eligendo* e *in vigilando* no contexto do contrato administrativo firmado com a empresa contratada.

Ou seja, caso seja devidamente comprovado que houve falha no processo licitatório, o que induziu o ente público a contratar empresa que não teria cumprido satisfatoriamente os critérios de habilitação jurídica e técnica; ou, ainda, caso reste comprovado que houve falha na fiscalização na execução do contrato administrativo ou que inexistiu a referida fiscalização, a Administração responderá por todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral (item VI da Súmula 331 do TST).

Todavia, o que ocorre no presente contexto é a análise de contrato administrativo, cuja relação se limita à Administração Pública (contratante) e Empresa Prestadora de Serviços (contratada), não havendo qualquer discussão acerca de relação de trabalho de qualquer natureza, ainda que tal discussão seja iniciada por terceiro interessado (na hipótese, o funcionário da prestadora de serviços).

Em síntese, a análise de responsabilidade envolve a discussão sobre o cumprimento ou não pelo ente público das obrigações contratuais fixadas na Lei e no Contrato Administrativo firmado com a Empresa Prestadora.

Dessarte, tem-se por incompetente a Justiça do Trabalho, devendo tal análise ser promovida perante a Justiça Comum (Estadual ou Federal, a depender do ente público envolvido), e, assim, tal procedimento deveria ser realizado em Ação Autônoma, diversa daquela de cunho meramente trabalhista que existe entre o empregado dito terceirizado e a empresa que detém o vínculo empregatício direto, ou seja, a prestadora de serviços.

3.2 O CABIMENTO DE AÇÃO AUTÔNOMA PARA SUA DISCUSSÃO

Na forma do proposto logo ao final do título anterior, alguns doutrinadores – ao menos, a sua minoria – reconhecem as naturezas distintas das relações entre Empregado e Prestadora de Serviços; Empregado e Tomadora de Serviços (ente público); e Prestadora de Serviços e Tomadora de Serviços.

Nessa linha, havendo uma demanda trabalhista em que o Reclamante (funcionário da contratada) coloque o ente público no polo passivo da relação jurídico-processual, em tese, poderia ser ajuizada ação autônoma perante a Justiça Comum com o intuito de se discutir a existência ou não de culpa da Administração, suficiente a atrair a responsabilidade subsidiária nos autos da Reclamatória Trabalhista anteriormente ajuizada.

A ideia não é de todo inovadora, uma vez que já se discutiu na Justiça do Trabalho a hipótese do ajuizamento posterior de ação autônoma buscando a responsabilização subsidiária do ente público que não tinha sido incluído na relação jurídico-processual trabalhista original (p.e., o trabalhador ajuíza reclamatória exclusivamente contra a empresa prestadora de serviços, deixando de incluir no polo passivo a tomadora).

Todavia, a Seção de Dissídios Individuais I do TST firmou entendimento no sentido de que:

(...) há carência do direito de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, quando o empregado ajuíza reclamação trabalhista autônoma em desfavor dos serviços terceirizados, pleiteando sua responsabilização subsidiária quanto à satisfação dos direitos trabalhistas reconhecidos em ação anterior, já cobertos pelo manto da coisa julgada material, em que figurou no polo passivo apenas a empresa prestadora dos serviços, real empregadora.⁴⁰

Esse entendimento, de tanto ser reiterado naquela Corte Superior, foi incluído na Súmula 331 do TST, em seu item IV, que dispõe que o tomador de serviços poderá ser responsabilizado subsidiariamente “desde que haja participado da relação processual e conste

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Divergência no Recurso de Revista n. 23100-67.2006.5.09.0011**, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Brasília, DF, DEJT de 13 nov. 2009. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=trua&numeroFormatado=E-RR%20-%2023100-67.2006.5.09.0011&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAw+DAAC&dataPublicacao=13/11/2009&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em 24 ago. 2015.

também do título executivo judicial”⁴¹

Ocorre que, em se tratando de Administração Pública, tal posicionamento não deve prevalecer. Como já explanado anteriormente, a relação jurídica entre Empresa (real empregador) e Trabalhador (terceirizado) é completamente distinta da relação da Empresa (prestadora de serviços) com a Administração Pública (tomadora de serviços). Esta última se trata de relação jurídica de cunho meramente administrativo, além de que, eventual ação autônoma para se discutir a responsabilidade subsidiária teria causa de pedir e pedido diferentes da reclamatória originária.

Christiana D’Arc Damasceno Oliveira, também defensora dessa tese, aponta ainda mais, *verbis*:

Embora ambas as ações tenham em conta o inadimplemento de obrigações laborais em detrimento do trabalhador (causa de pedir remota), vale notar que, na ação autônoma posterior, a causa de pedir próxima atrela-se à sentença condenatória existente contra a empresa prestadora, sendo que o pedido se vincula ao aspecto de verificação e pretendido reconhecimento da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços ente público, com necessidade de análise de sua conduta de fiscalização ou não do contrato de prestação de serviços firmado entre ele e a empresa interposta (ex-empregadora do trabalhador), na esteira do entendimento explicitado na ADC n. 16/DF, a que se ajustou a nova redação da Súmula n. 331 do TST.

(...)

Poderá o tomador de serviços, assim, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, voltar-se contra a causa de pedir e o pedido da ação autônoma posterior que lhe é movida, sendo que, na hipótese de sua condenação, estariam atendidas as garantias processuais em sua integralidade.⁴²

De acordo com a autora supramencionada, o ajuizamento de ação autônoma para analisar a possibilidade de atrair a responsabilidade subsidiária ao ente público tomador de serviço é legitimada na existência de pedido e causa de pedir próxima diversos da reclamatória “original” (em que figuram como partes somente o trabalhador e a empresa “real” empregadora).

⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**, Brasília, DF, DEJT de 27, 30 e 31/05/2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em 24 ago. 2015.

⁴² OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno. Ação autônoma posterior destinada à responsabilização subsidiária do tomador de serviços ente público: controvérsias, questões relevantes e tutela de direitos. **Revista Trabalhista: direito e processo**. Brasília: Anamatra; São Paulo: LTr Editora, Ano 11, n. 4, out./dez. 2012.

Ao definir o que seria a “causa de pedir” (ou *causa petendi*), Ovídio Baptista simplifica ao afirmar que “o conjunto de *atos relevantes* e dos fundamentos jurídicos constitui a causa de pedir (*causa petendi*)”⁴³. E continua, *litteris*:

O autor – diz GIANCARLO GIANNOZZI (*Appunti per un corso di diritto processuale civile*, p. 47) – deve precisar *que coisa* pretende e *por que* a pretende. Não seria admissível que o autor formulasse a demanda por meio de um pedido completamente indeterminado [...]. Todo pedido deve estar necessariamente substanciado de fatos capazes de o individualizar, indicando o fundamento legal em que o mesmo se apóia.⁴⁴

Em rápidas palavras, a causa de pedir é o que fundamenta a ação, a razão de existir o processo judicial. Na reclamatória “original”, a causa de pedir é o não cumprimento das obrigações trabalhistas (p.e. o inadimplemento de verbas trabalhistas ao empregado), enquanto os pedidos são o reconhecimento do direito às verbas pleiteadas e a condenação da ex-empregadora ao pagamento dessas.

Na hipótese de uma ação autônoma para reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público tomador do serviço há diferenças visíveis nos dois elementos acima referidos.

A causa de pedir seria a falha da Administração Pública na escolha da empresa contratada (*culpa in eligendo*) e/ou a ausência de fiscalização (ou falha de tal fiscalização) na execução do contrato administrativo pela empresa contratada (*culpa in vigilando*).

Já o pedido seria restrito ao reconhecimento dessa(s) culpa(s) e à condenação do ente público ao pagamento do valor correspondente às verbas inadimplidas pela empresa ex-empregadora do reclamante (deduzida a quantia executada com sucesso no processo original), não havendo espaço para discussão sobre o direito ou não do trabalhador àquelas verbas ou, até mesmo, acerca da quantia devida (*quantum debeat*).

Isso porque a Administração Pública não possui vinculação jurídica direta com o empregado da empresa contratada como prestadora de serviços, tratando-se como mera

⁴³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil, Volume 1, Tomo I**. 8 ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 169.

⁴⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil, Volume 1, Tomo I**. 8 ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 169.

garante. Sua vinculação jurídica é somente com a empresa contratada.

Assim, tendo sido definido o montante devido pela empresa prestadora ao trabalhador, e, considerando que este crédito não foi pago ao trabalhador, eventual ação autônoma discutiria apenas a responsabilidade ou não em pagar tal montante.

Ressalte-se que a Administração, após o pagamento do crédito do trabalhador, poderá ajuizar ação de regresso em desfavor da empresa contratada, fundando-se o referido direito na interpretação sistemática do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 diante da norma contida no artigo 37, § 6º, da Carta Magna, no sentido de 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"⁴⁵.

Desse modo, mesmo que indiretamente o trabalhador busque a adimplemento de suas verbas, tratam-se de demandas com intuitos distintos, uma de cunho trabalhista e outra de cunho administrativo.

Ademais, conforme já fartamente exposto, eventual ação autônoma para atribuir a responsabilidade subsidiária ao ente público não tramitaria na Justiça do Trabalho, mas na Justiça Comum (Federal ou Estadual, conforme o ente envolvido).

3.3 A CONTROVÉRSIA PERANTE O STF

Noutro giro, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado, em sentido diverso, ou seja, que a discussão sobre qualquer questão relativa à responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas seria restrita ao âmbito infraconstitucional, de modo que, eventual violação ao texto constitucional, se ocorresse, seria reflexa ou indireta, o que ensejaria a atração da Súmula 636 do STF.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 151240-47.2003.5.03.0026**, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Brasília, DF, DJ de 14 set. 2007. Disponível em [http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2056400-55.2009.5.02.0384&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKkEAAU&dataPublicacao=01/07/2013&localPublicacao=DEJT&query=NEAR\(\(%20NEAR\(\(%20NEAR\(\(%20responsabilidade,%20subsidiaria\),%200,%20true\),%20publico\),%20100\),%20regresso\),%20100\)](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2056400-55.2009.5.02.0384&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKkEAAU&dataPublicacao=01/07/2013&localPublicacao=DEJT&query=NEAR((%20NEAR((%20NEAR((%20responsabilidade,%20subsidiaria),%200,%20true),%20publico),%20100),%20regresso),%20100)). Acesso em 24 ago. 2015.

Referida orientação decorre do item 1 de dois julgados de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence (AI 557795 AgR, DJ de 31/03/2006 e AI 617362 AgR, DJ de 09/03/2007), a seguir ementados, *verbis*:

EMENTA: 1. **Recurso extraordinário: descabimento: questão relativa à responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas, restrita ao âmbito da legislação ordinária pertinente (En. 331/TST; L. 8.666/93): alegada violação à Constituição Federal (art. 37, § 6º) que, se ocorresse, seria reflexa ou indireta: incidência, mutatis mutandis, da Súmula 636.** , 2. Justiça do trabalho: competência: fixada pelas instâncias trabalhistas, a partir de dados de fato, a premissa de que o contrato celebrado tem natureza trabalhista, regido pela CLT, improcede a alegação de ofensa ao art. 114 da Constituição Federal. 3. Decisão judicial: motivação: exigência constitucional satisfeita (cf. RE 140.370, pertence, RTJ 150/269); ausência de negativa de prestação jurisdicional. (AI 557795 AgR, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 31-03-2006 PP-00012 EMENT VOL-02227-06 PP-01249)

EMENTA: 1. **Recurso extraordinário: descabimento: questão relativa à responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas, restrita ao âmbito da legislação ordinária pertinente (Enunc. 331/TST; L. 8.666/93): alegadas violações do texto constitucional que, se ocorresse, seriam reflexas ou indiretas: incidência, mutatis mutandis, da Súmula 636.** 2. Competência: Justiça do Trabalho: demanda que envolve verbas oriundas de contrato de trabalho. Precedente. 3. Alegações improcedentes de negativa de prestação jurisdicional e de inexistência de motivação do acórdão recorrido. 4. Agravo regimental manifestamente infundado: condenação do agravante ao pagamento de multa, nos termos do art. 557, § 2º, C. Pr. Civil. (AI 617362 AgR, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 09-03-2007 PP-00040 EMENT VOL-02267-05 PP-00883) (grifo nosso).

Nesses mesmos julgados, no item 2, nota-se a seguinte inscrição: “Competência: Justiça do Trabalho: demanda que envolve verbas oriundas de contrato de trabalho. Precedente.”.

Compulsando o voto do Ministro Relator nos autos do AI 617.362 AgR, observa-se que o processo se trata de um Agravo Regimental em que se negou provimento a Agravo de Instrumento, tendente a viabilizar a subida de Recurso Extraordinário àquela Suprema Corte, aos seguintes termos, *litteris*:

Ademais, a discussão acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas, baseando-se no confronto entre a Lei 8.666/93 e o Enunciado 331/TST, restringe-se ao âmbito infraconstitucional, conforme entendimento pacificado por ambas as Turmas deste Tribunal: *v.g.* AAI 409.572-AgR, 04.02.2003, 1ª T., **Galvão**; 401.222-AgR, 29.10.2002, 2ª T., **Jobim**; 453.737-AgR, 07.10.2003, 2ª T., **Celso**; 457.865-AgR, 29.06.2004, 1ª T., **Pertence**. Por fim, é competente a Justiça do Trabalho para apreciar a lide em questão, pois se trata de demanda envolvendo verbas oriundas de contrato de trabalho, *v.g.*, RE 234.715, **Ilmar**, RTJ 170/723..⁴⁶ (grifos no original)

O Ministro Relator, no supratranscrito julgado, apesar de negar provimento ao agravo ao argumento de que eventual inconstitucionalidade seria reflexa ou indireta o que afasta a competência do Supremo Tribunal Federal a analisar o pleito, a título de *obiter dictum*, externou posicionamento no sentido de que lide que envolve discussão acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública sobre verbas trabalhistas é de competência da Justiça do Trabalho, por força do decidido no Recurso Extraordinário nº 234.715/SP, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, assim ementado:

EMENTA: ACÓRDÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, QUE CONCLUI PELA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA PARA APRECIAR DEMANDA DECORRENTE DE RELAÇÃO DO TRABALHO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Fixada pelas instâncias trabalhistas, a partir dos elementos fáticos, a premissa de que o contrato celebrado tem natureza trabalhista, regido pela CLT, não há como se ter por afrontada a norma inserta no art. 114 da Carta Magna, que determina ser da competência da Justiça do Trabalho a apreciação de ações decorrentes de relações de trabalho. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 234715, Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 15/12/1998, DJ 25-06-1999 PP-00034 EMENT VOL-01956-12 PP-02380)

Ocorre que, da simples leitura da ementa do julgado já é possível visualizar que o julgado considerado como precedente para o Ministro Pertence possui substrático fático diverso julgado “paradigma”, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 617.362**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, DJ de 20 nov. 2006. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=221&dataPublicacaoDj=20/11/2006&incente=2432126&codCapitulo=6&numMateria=174&codMateria=3>. Acesso em 24 ago. 2015.

Extrai-se o que se segue do voto do Ministro Relator nos autos do Recurso Extraordinário nº 234.715/SP, *litteris*:

Conforme relatado, **todas as instâncias ordinárias fixaram a premissa de que o contrato celebrado entre o reclamante e o Estado recorrente tem natureza trabalhista**, sendo, portanto, competente a Justiça do Trabalho, na forma do disposto no art. 114 da Constituição Federal, para processar e julgar a demanda.

Na petição de recurso extraordinário, o Estado-recorrente limita-se a sustentar a competência da Justiça comum sem, contudo, trazer elementos para que se pudesse aferir, em oposição ao consignado nas instâncias ordinárias trabalhistas, ter sido a relação empregatícia firmada com base na Lei estadual 500/74, possuindo, portanto, natureza administrativa, única hipótese a atrair a competência da Justiça comum.

Assim, **uma vez estabelecido pelas instâncias da Justiça Federal de acordo com os elementos fáticos dos autos tratar-se de contrato de trabalho regido pela CLT, não há como se ter por afrontado o art. 114 da Constituição Federal, que, como consignou o acórdão recorrido, determina ser da competência da Justiça trabalhista a apreciação de demandas decorrentes de relações de trabalho.**

Ante o exposto, meu voto não conhece do recurso extraordinário.⁴⁷ (grifo nosso).

O que ocorre no presente caso é que há anos o Supremo Tribunal Federal tem fixado a competência da Justiça do Trabalho para as lides que envolvam a aferição da responsabilidade subsidiária da Administração enquanto tomador de serviço terceirizado, com base no precedente supracitado.

Todavia, na verdade, o precedente que ampara a referida jurisprudência resolve lide em que a relação de trabalho/emprego decorre de contrato direto entre Administração e particular, não havendo a figura da empresa intermediadora de mão de obra, ou seja, situação diametralmente oposta ao que se discute no presente estudo.

Entretanto, o único horizonte para a abertura desse debate na Corte Suprema se encontra no Tema 246 da Lista de Repercussão Geral do STF, que discutirá amplamente a questão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço, o que pode dar azo à

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 234.715/SP**. Relator Ministro Ilmar Galvão, Brasília, DF, DJ de 25 jun. 1999. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254699>. Acesso em 24 ago. 2015.

discussão, também, da competência de sua análise.

3.4. A ABRANGÊNCIA DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO

O item VI do Enunciado Sumular 331 do TST assim dispõe: “A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”⁴⁸.

Da literalidade da redação do item IV do verbete *supra* é possível entender que a expressão “todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral” compreende não somente as verbas rescisórias, mas também todos os consectários da referida condenação, como as multas rescisórias (arts. 467 e 477 da CLT, por exemplo), juros de mora, dano moral, e o que mais estiver incluído na condenação.

A inteligência do item remete à possibilidade da Administração Pública em ajuizar ação de regresso em desfavor da empresa, desse modo, qualquer verba que eventualmente tenha sido incluída na condenação será computada para fins de adimplemento das obrigações reconhecidas em sentença e não pagas pela contratada ao trabalhador.

O Tribunal Superior do Trabalho possui jurisprudência moderna e sedimentada no sentido de que o item VI de sua Súmula 331 deve ser interpretado literalmente, como pode se verificar do seguinte julgado, *verbis*:

RECURSO DE REVISTA. 1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. CONFIGURAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. (...) 2. MULTA. AUSÊNCIA DE ANOTAÇÃO DA CTPS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ALCANCE. SÚMULA Nº 331, VI. NÃO CONHECIMENTO. Esta colenda Corte Superior já firmou entendimento de que, uma vez declarada a responsabilidade subsidiária quanto ao adimplemento das obrigações trabalhistas de que trata a Súmula nº 331, IV, **a assunção do pagamento de verbas rescisórias é mera consequência, uma vez que a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços pelo adimplemento dos encargos trabalhistas abrange todos os créditos devidos ao empregado. Nesse sentido, o item VI da Súmula nº 331.** Recurso de

⁴⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**, Brasília, DF, DEJT de 27, 30 e 31/05/2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em 24 ago. 2015.

revista de que não se conhece. (...)
(RR - 1239-37.2012.5.04.0663 , Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 05/11/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/11/2014)⁴⁹ (grifo nosso).

A controvérsia existente com relação ao alcance da responsabilização situa-se no fato de que algumas multas rescisórias surgem após o término do vínculo empregatício entre empresa (real empregadora) e o trabalhador. É o exemplo da multa do artigo 467 da CLT que estabelece que “Em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinquenta por cento”.

Veja, para que a Administração Pública faça qualquer tipo de pagamento imediato em audiência, tendo em vista a regra constitucional que impõe a Fazenda Pública o pagamento, via de regra, por meio da sistemática de precatórios (ou Requisições de Pequeno Valor, a depender da quantia, mas que também não são liberadas de imediato).

Todavia, sendo o caso de responsabilidade subsidiária, o ente público (tomador de serviços) somente responde, como já reiteradamente explicado, na impossibilidade do devedor principal de fazer o pagamento integral ou parcial da quantia devida, ou seja, eventual aplicação da multa do artigo 467 ou 477 da CLT permanece como sendo de responsabilidade do devedor principal até que seja reconhecida a impossibilidade do devedor principal saldar o crédito que adveio da condenação trabalhista.

Assim, a Administração deve incluir as multas legais ou convencionais e verbas rescisórias ou indenizatórias e, até mesmo, eventuais juros moratórios no montante decorrente da condenação, quantia esta que deverá ser objeto de ação regressiva futura contra o empregador inadimplente.

⁴⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1239-37.2012.5.04.0663**. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Brasília, DF, DEJT de 14 nov. 2014. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201239-37.2012.5.04.0663&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAHPZAAM&dataPublicacao=14/11/2014&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em 24 ago. 2015.

4. O TEMA 246 DA LISTA DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF

É possível, dentre os institutos já detalhados nos capítulos anteriores, concluir que, quanto à Responsabilidade Estatal oriunda dos contratos de terceirização, a atual jurisprudência da Corte Máxima do país decidiu pela constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que determina expressamente que a inadimplência do contratado (prestador de serviços), com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, todavia, os Ministros daquela Corte Suprema também registraram que o aludido dispositivo da Lei de Licitações não impede que a Justiça laboral, desde que demonstrada a culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, reconheça a responsabilidade subsidiária do ente público pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas perante os (ex-) empregados da empresa contratada.

Ocorre que, a partir desse julgamento, e com o reforço da alteração da Súmula 331 do TST em 2011, o Supremo Tribunal Federal enfrentou um aumento considerável no número de Reclamações Constitucionais ajuizadas discutindo a validade da condenação de entes públicos subsidiariamente, nos termos acima relatados, uma vez que a ADC 16/DF, em seu dispositivo, considerou constitucional a regra que afastava toda e qualquer responsabilidade da Administração Pública derivada do inadimplemento de empresa contratada para prestar serviços em relação aos seus trabalhadores.

Diante dessa alta demanda judicial, decidiu-se por reconhecer a Repercussão Geral, sobrestando, desse modo, todos os recursos com idêntica matéria, nos moldes do disposto no artigo 543-B do CPC.

Criou-se, então, nos termos do Regimento Interno do STF, o chamado Tema 246 da Lista de Repercussão Geral do STF, que trata sobre a Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. Para a análise do predito Tema, escolheu-se o Recurso Extraordinário nº 760.931/DF (em substituição ao RE nº 603.397), como processo paradigma.

O Tema 246 traz novamente à discussão no mundo jurídico, a constitucionalidade, ou não, do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que veda a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço, à luz dos artigos 5º, II; e 37, § 6º; e 97, da Constituição

Federal.

Não obstante tal discussão já ter sido realizada pelo próprio Supremo Tribunal Federal na ADC 16/DF, o Ministro Luís Roberto Barroso, quando da análise da Reclamação nº 20.060/DF⁵⁰ expressou entendimento no sentido de que a decisão proferida na ADC 16 produz efeitos vinculantes que se dirigem aos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública, mas não ao próprio STF, na forma do disposto no § 2º do artigo 102 da Constituição, que se encontra assim redigido, *verbis*:

Art. 102. (...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente **aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**⁵¹. (grifo nosso).

De acordo com a inteligência da norma constitucional apontada, o próprio Supremo Tribunal Federal poderá, oportunamente, rever seus posicionamentos proferidos com efeitos vinculantes, o que permite a correção de eventuais desacertos nos julgados ou a atualização de sua jurisprudência de acordo com as demandas da sociedade e do contexto social apresentado.

Retomando a discussão do Tema 246, passa-se ao exame das peças contidas no Recurso Extraordinário nº 760.931/DF, de relatoria da Ministra Rosa Weber, considerado como o *leading case* do tema.

O acórdão do Tribunal Superior do Trabalho que deu origem ao Recurso Extraordinário referenciado, em síntese, explicitou, no que interessa ao tema, que: a) conforme decidido na ADC nº 16/DF, a Administração Pública não pode ser responsabilizada automaticamente pelo mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados; b) é perfeitamente possível, caso evidenciada a

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 20.060/DF**. Relator Ministro Roberto Barroso, Brasília, DF, Brasília, DF, DJe de 28 abr. 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3801217&tipoApp=RTE>. Acesso em 25 ago. 2015.

⁵¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 102, § 2º. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2015.

sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, que se reconheça a condenação, ainda que de forma subsidiária, da União pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício; c) o ônus probatório de que não houve culpa *in vigilando* e/ou *in eligendo*, é do ente público, cabendo a este a comprovação de que praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, desse modo, o fato de não ter se desincumbido de tal ônus, por si só, configura a presença da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa *in vigilando*, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação; e, por fim, d) a responsabilização subsidiária, prevista na Súmula nº 331, item IV, do TST, implica o pagamento da totalidade dos débitos trabalhistas, inclusive as multas legais ou convencionais e verbas rescisórias ou indenizatórias.

Na peça de recurso extraordinário, a União defende a irresponsabilidade da Administração Pública, porquanto o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, que veda a transferência de encargos trabalhistas da empresa contratada ao Ente contratante, foi declarado constitucional, por esse motivo, a União não pode ser condenada em responsabilidade subsidiária, com suporte no art. 37, § 6º, da CF, ou seja, não pode ser condenada, sequer, na modalidade de responsabilidade objetiva.

Ademais, caso eventualmente se reconheça a viabilidade da responsabilização subsidiária, somente quando irrefutavelmente provada a culpa *in vigilando*, ficaria autorizada a referida responsabilização. Ou seja, nesta última hipótese, a culpa deve ser provada, mas não presumida.

Afirma, ainda, que ao aplicar as disposições da Súmula 331 do TST ao ente público, e, assim, o condenar à responsabilidade solidária, o TST afasta a regra do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem, entretanto, declarar sua inconstitucionalidade, o que afrontaria as disposições constantes no art. 97 da CF e na Súmula Vinculante nº 10.

Assevera que ao manter a condenação, o TST age inconstitucionalmente ao criar obrigação não prevista em lei, em verdadeira afronta aos arts. 5º e 37, ambos da CF.

Defende, ainda, que a inconstitucionalidade da condenação do ente público às multas rescisórias, uma vez que tais verbas têm fato gerador ocorrente, necessariamente, após a rescisão contratual da União com a empresa prestadora de serviços. Assim, argumenta que, por tal motivo, resta impossível a fiscalização do pagamento das verbas rescisórias com os empregados da referida empresa.

Requeru, a União, por fim, o provimento do recurso extraordinário a fim de afastar toda e qualquer responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada (prestadora de serviços). Subsidiariamente, requer a exclusão das multas rescisórias.

Opinou o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso extraordinário.

Desde logo, já é possível observar a repetição da controvérsia (pelo menos parte dela) debatida na ADC 16. O Supremo Tribunal Federal, desse modo, reabre a discussão acerca da possibilidade ou não de se condenar a Administração Pública pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas decorrentes da prestação de serviço originada por um contrato administrativo firmado entre o ente público e a empresa interposta.

Abre-se, então a oportunidade da Suprema Corte decidir definitivamente acerca das questões debatidas ao longo do presente estudo, uma vez que, nas palavras do Ministro Roberto Barroso, a decisão de efeitos vinculantes de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade não vincula o próprio Supremo⁵².

Todavia, não obstante a possibilidade de novo debate acerca da matéria, e considerando a mudança na composição daquela Suprema Corte desde o julgamento da ADC 16, a tendência é de manutenção da atual jurisprudência, com pequenas mudanças, talvez, quanto à constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações.

Examinando o teor das decisões de inúmeras Reclamações⁵³ sobre a presente

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 20.060/DF**. Relator Ministro Roberto Barroso, Brasília, DF, Brasília, DF, DJe de 28 abr. 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3801217&tipoApp=RTE>. Acesso em 25 ago. 2015.

⁵³ Vide Rcl 19495, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 23/02/2015, DJe de 04/03/2015; Rcl 18377, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, DJe de 06/04/2015; Rcl 19855, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 25/03/2015; Rcl 20292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 22/04/2015; Rcl 16505, Relator(a):

questão, é possível extrair que a orientação que deve ser exposta pelo STF segue no sentido da manutenção da possibilidade da responsabilização subsidiária do ente público em caso de comprovada culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, tendo em vista que não pode ser o trabalhador, considerado a parte mais fraca da relação jurídica, o maior penalizado pela antinomia legislativa existente no ordenamento moderno.

Entretanto, a indefinição será mais evidente quanto à caracterização da culpa.

Há corrente que defende que para atrair a responsabilidade do ente público a culpa deve ser comprovada de maneira cabal e irrefutável, não se aceitando a presunção de culpa da Administração. A crítica quanto a esse pensamento reside no fato de que o trabalhador se veria obrigado a produzir prova negativa (por exemplo, prova de que não houve a fiscalização na execução do contrato administrativo e no adimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços contratada), como verificado em algumas decisões da Ministra Cármen Lúcia.

Outra corrente, se amparando na Teoria da Carga Dinâmica da Prova, defende que a Administração Pública é quem tem o ônus de provar a regularidade tanto do processo licitatório, quanto da execução do contrato, entendimento mais condizente com as decisões do Ministro Roberto Barroso.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio sinalizou, mas sem a objetividade e clareza necessárias para se considerar como uma vertente própria, que a literalidade da lei aponta para a irresponsabilidade do ente público, mas como ele mesmo destacou no julgamento da ADC 16, a responsabilidade da Administração poderia ser verificada em outros dispositivos legais, o que aparenta ser uma corrente que segue no sentido de que a apuração da responsabilidade deveria ser apurada em ação autônoma, uma vez que a Lei afasta sua responsabilidade pelas verbas trabalhistas, mas ainda prevê alguma responsabilização, justificada pela Teoria do Risco Administrativo.

CONCLUSÃO

A terceirização surgiu no âmbito da Administração Pública com o intuito de evitar a crescimento exagerado da máquina pública, bem como com a intenção de o custo administrativo do Estado fosse menor com as atividades consideradas acessórias à consecução do fim administrativo.

Para tanto, o ordenamento jurídico foi incrementado com Leis e normas de natureza infralegal para resguardar o Estado contra a responsabilização indevida pelas obrigações inadimplidas pelas empresas contratadas para prestar o serviço requerido pelo ente público.

Na Lei nº 8.666/93, a chamada Lei de Licitações, o legislador cuidou em deixar expressamente afastada qualquer possibilidade de responsabilização da Administração Pública pela inadimplência do contratado (prestador de serviços), com referência aos encargos trabalhistas (em relação aos funcionários da empresa, ou melhor, os terceirizados), fiscais e comerciais, mais especificamente, no § 1º de seu artigo 71.

Todavia, a Justiça do Trabalho, visando a melhor interpretação do referido dispositivo legal e considerando que o trabalhador não pode ser penalizado por falhas da Administração na fiscalização precedente da empresa prestadora (vícios no procedimento licitatório que induziriam o ente público a escolher empresa não idônea para prestar o serviço desejado), tampouco na fiscalização durante a execução do contrato.

Dessa forma, o Tribunal Superior do Trabalho, após inúmeras decisões no sentido, resolveu editar a Súmula 331, em que atribuía a responsabilidade do ente público tomador do serviço (Contratante) pelo inadimplemento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora (Contratada), em relação aos empregados desta última (terceirizados), desde que o predito ente público houvesse participado da relação processual e também constasse do título judicial.

Ou seja, em um primeiro momento, a Justiça do Trabalho reconhecia a responsabilidade pelo mero inadimplemento das obrigações pelo real empregador, o que, posteriormente, foi chamado de “responsabilidade automática”.

Ocorre que, essa figura da responsabilidade automática muito se assemelhava à

responsabilidade objetiva, uma vez que não se discutia, nas reclamações trabalhistas, se a Administração teria concorrido ou não para que o trabalhador não tivesse seus direitos devidamente observados. Desse modo, verificou-se uma impropriedade nas condenações trabalhistas nesse ponto, uma vez que a responsabilidade objetiva da Administração Pública, prevista no art. 37, § 6º, da CF, faz referência aos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O Governador do Distrito Federal, então ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade, ao argumento de que o Tribunal Superior do Trabalho, ao aplicar a Súmula 331/TST – que estabelecia a possibilidade de se atribuir à Administração responsabilidade pelas obrigações trabalhistas inadimplidas de empresa que presta serviço a ente público –, estaria deixando de aplicar as disposições do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, por entender ser inconstitucional sem pronunciamento exposto.

O Supremo Tribunal Federal, então, no julgamento dessa ADC (de número 16), se posicionou, primeiramente, no sentido de que a responsabilidade objetiva prevista no § 6º do art. 37 da CF somente se aplica às hipóteses de responsabilidade por ato ilícito de seus agentes, e mais, que não se pode equiparar uma empresa prestadora de serviços como “agente público”.

Ato contínuo, o Plenário do STF reconheceu a constitucionalidade, sem ressalvas no dispositivo (ementa do acórdão), do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, afastando a possibilidade de a Justiça Laboral responsabilizar a Administração Pública pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa contratada.

Ocorre que, nesse mesmo julgamento, na ocasião dos debates orais dos Ministros em sessão Plenária, fixou-se, sem ter sido deixado exposto na ementa do acórdão, que o reconhecimento da constitucionalidade do aludido dispositivo da Lei de Licitações não impediria a Justiça do Trabalho em reconhecer a responsabilidade da Administração Pública, nas hipóteses de comprovada culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, e apenas se a responsabilidade estivesse fundamentada em dispositivos diversos do ordenamento jurídico, que não o art. 37, § 6º, da CF, bem como, especialmente, quando se constatar a impossibilidade de adimplemento da obrigação constante do título executivo pela empresa prestadora (real empregadora).

Assim, a Corte Suprema viabilizou o reconhecimento da responsabilidade de natureza subjetiva e subsidiária do Estado, desde que cumpridos os “requisitos” acima elencados.

Em consideração com o panorama traçado pelo Suprema Corte, o Tribunal Superior do Trabalho revisou a Súmula 331 do TST e alterou o item IV e acrescentou os itens V e VI ao Verbete. Dessa forma, a Corte Trabalhista sedimentou o entendimento de que é possível reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, quando comprovada a existência de culpa, desde que o ente público integre a relação processual “originária” e conste do título judicial. Ou seja, a responsabilidade somente poderá ser verificada nos mesmos autos da Reclamação Trabalhista, impedindo o ajuizamento de demandas autônomas (e posteriores) objetivando a predita responsabilização.

Nesse momento, surgiram os entendimentos que podemos considerar um tanto equivocados, tanto do STF, quanto do TST.

O parágrafo 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 é expresso ao dispor que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. Essa norma afasta, em tese, toda e qualquer responsabilidade por parte do Estado nas relações jurídico-processuais que tratam de obrigações derivadas de contratos de terceirização.

É cediço que o vínculo entre o trabalhador e o ente público é indireto, uma vez que a real empregadora é a empresa contratada para prestar determinado serviço à Administração, não obstante exercer suas atividades no referido ente público.

Logo, dois cenários de áreas distintas do mundo jurídico se abrem: i) uma relação de cunho trabalhista, entre o trabalhador (funcionário terceirizado) e a empresa prestadora de serviços; e ii) uma relação de caráter exclusivamente administrativo, entre a empresa contratada (prestadora de serviços) e o ente público (tomador do serviço).

Nos moldes do disposto na Súmula 331 do TST, a Administração poderá ser responsabilizada subsidiariamente, e, para tanto, deve integrar a relação processual originária entre o empregado e a empresa empregadora.

Observando as relações jurídicas destacadas acima, vê-se que há base para o

ajuizamento de duas ações distintas, em se considerando a mais moderna jurisprudência do STF que permite a responsabilização subsidiária da Administração.

Primeiro, a reclamatória trabalhista entre empregado e empregador, uma vez que o vínculo trabalhista e as questões diretamente relacionadas à prestação do serviço só podem ser discutidas entre eles (a Administração somente se utiliza da mão de obra para a consecução do serviço contratado administrativamente, mas não tem – nem deve ter – qualquer ingerência sobre o trabalhador).

Posteriormente, na hipótese de impossibilidade de se executar o *quantum* fixado em sentença condenatória, o trabalhador deve ajuizar ação autônoma com o intuito de demonstrar a existência de culpa na fiscalização por parte do ente público, seja na escolha (apontando algum vício no procedimento licitatório que vicie a escolha da empresa contratada) ou na execução do contrato (dever imposto à Administração e previsto legalmente – ex: Lei de Licitações, IN SLTI/MPOG 02/2008, entre outras). Demonstrando-se a falha do ente público em proceder à devida fiscalização, a Administração, desse modo, seria responsabilizada pela quantia devida pela empresa contratada, a título de verbas trabalhistas, ressalvado o direito regressivo em favor do Estado.

Todavia, tal posicionamento (que entendo estar alinhado à minoria doutrinária) é repellido na justiça trabalhista, ao fundamento de que a ação autônoma posterior impossibilitaria o ente público de discutir a existência ou não dos créditos pleiteados, e, caso houvesse tal discussão, haveria ofensa à coisa julgada.

Entretanto, perfilha o entendimento de que a Administração não deve discutir judicialmente acerca dos detalhes do vínculo trabalhista entre empregado e empregador, uma vez que figuraria somente como um garantidor do cumprimento das obrigações (somente se demonstrada culpa *in vigilando* e/ou *in eligendo*).

Uma vez que a responsabilidade da Administração somente pode ser cotejada em uma ação em que se analisa o cumprimento ou não, parcial ou integral, das cláusulas constantes de um contrato administrativo, não vejo legitimidade do ente estatal de tratar judicialmente do adimplemento ou não das obrigações trabalhistas do funcionário terceirizado.

Entretanto, como já mencionado, essa é uma visão minoritária e, atualmente,

sequer discutida pelo Judiciário.

Por outro lado, em decorrência do dispositivo constante da ADC nº 16/DF, em que não houve posicionamento explícito e definitivo acerca da responsabilidade ou não da Administração, foram ajuizadas inúmeras Reclamações Constitucionais perante o STF, em que se discutia a validade de acórdão de Tribunal Trabalhista em que o ente público era condenado subsidiariamente pelo inadimplemento das verbas trabalhistas do terceirizado.

Em síntese, diversos entes públicos reclamam ao STF que seja aplicado o decidido na ADC 16/DF, porquanto o único comando expresso no dispositivo do acórdão, o qual tem efeito vinculante, afirma a constitucionalidade do dispositivo da Lei de Licitações que afasta toda e qualquer a responsabilidade da Administração nos contratos de terceirização, sem ressalvas.

Diante da quantidade de processos (Reclamações e Recursos Extraordinários) que chegaram à Suprema Corte após o decidido na ADC 16, o STF decidiu reconhecer a repercussão geral do assunto, originando o Tema 246 da Lista de Repercussão Geral, o qual rediscutirá a possibilidade de se reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração sobre as verbas trabalhistas nos contratos de terceirização por ela promovidos.

Quanto à possibilidade de rediscussão da matéria, uma vez que o STF já proferiu decisão com efeitos vinculantes sobre a constitucionalidade do dispositivo mencionado da Lei 8.666/93, o Ministro Luís Roberto Barroso, quando da análise da Reclamação nº 20.060/DF⁵⁴, asseverou que as decisões proferidas pelo Supremo – em ações de controle concentrado de constitucionalidade, repercussão geral e súmulas vinculantes – vinculam todo o Poder Executivo e Judiciário, com exceção do próprio STF.

Assim, a matéria deverá ser integralmente revisitada, com a possibilidade, inclusive, de que se decida pela inconstitucionalidade do dispositivo antes considerado constitucional, ou, em outro extremo, que seja reconhecida a irresponsabilidade total da Administração Pública perante os contratos de terceirização.

Certo é que a tendência demonstrada, pelos julgamentos das reclamações, é da

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 20.060/DF**. Relator Ministro Roberto Barroso, Brasília, DF, Brasília, DF, DJe de 28 abr. 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3801217&tipoApp=RTE>. Acesso em 25 ago. 2015.

manutenção da possibilidade da subsidiariedade da responsabilidade, existindo, entretanto, algumas nuances a se considerar, que podem mudar completamente as consequências do reconhecimento dessa subsidiariedade.

Percebe-se, pelo exame do teor das decisões proferidas, que entre os Ministros, há quem defenda que a culpa do ente público deve ser comprovada de maneira cabal e irrefutável pelo trabalhador, uma vez que os atos administrativos tem presunção de validade, tendo então que produzir prova negativa (ou prova diabólica, de acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias, que afirmam se tratar do mesmo instituto).

O Ministro Roberto Barroso, por sua vez, segue a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório, transferindo esse dever à Administração, dada a sua facilidade de produzir a prova de que promoveu a devida fiscalização, o que afastaria a sua responsabilidade.

O que se vê, em um contexto mais amplo, é a possibilidade do Supremo Tribunal Federal revisitar uma matéria de alta repercussão nacional e que foi recentemente analisada de forma, até então, definitiva.

O julgamento do Tema 246 tende a reabrir toda a discussão acerca da responsabilização estatal acerca dos contratos de terceirização, não se limitando à análise da responsabilidade subsidiária, devendo considerar as consequências sociais de um posicionamento eventual que ateste a irresponsabilidade estatal, quanto às consequências financeiras para a Administração, dada a possibilidade de se onerar o Estado de maneira desarrazoada.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lúcia Regina Melo de. Reflexos do Julgamento da ADC 16 da Inteligência da Súmula 331 do TST. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**. João Pessoa, PB, v. 18, n. 1, p. 86-89, 2011.

BOHNERT, Luciana Neves. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16: nova visão para a responsabilização da Administração Pública nos encargos trabalhistas de contratos de terceirização. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, MG, ano 13, n. 69, p. 291-303, set./out. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2015.

_____. Decreto n.º 2.271, de 7 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 jul. 1997. Seção 1. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm. Acesso em 24 ago. 2015.

_____. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. Seção 1. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em 24 ago. 2015.

_____. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 jul. 1993. Seção 1. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm. Acesso em 24 ago. 2015.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa n. 02, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 mai. 2008. Seção 1ª, p. 91. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in02_30042008.htm. Acesso em: 24 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 515.791/RJ**, Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, DJe de 03/02/2015. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401128389&dt_publicacao=03/02/2015. Acesso em 24 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF**. Relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, DJe de 09 set. 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em 24 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 19.281/RS**, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, DJe de 20/04/2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=8246415>. Acesso em 25 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 617.362**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, DJ de 20 nov. 2006. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=221&dataPublicacaoDj=20/11/2006&incidente=2432126&codCapitulo=6&numMateria=174&codMateria=3>. Acesso em 24 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 20.060/DF**. Relator Ministro Roberto Barroso, Brasília, DF, Brasília, DF, DJe de 28 abr. 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3801217&tipoApp=RTF>. Acesso em 25 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 234.715/SP**. Relator Ministro Ilmar Galvão, Brasília, DF, DJ de 25 jun. 1999. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254699>. Acesso em 24 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 760.931/DF**. Brasília, DF. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4434203>. Acesso em 20 ago. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 655-98.2013.5.15.0025**, Relatora Desembargadora Convocada: Jane Granzoto Torres da Silva, Brasília, DF, DEJT de 14 ago. 2015. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AI RR%20-%20655-98.2013.5.15.0025&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAN4GAAK&dataPublicacao=14/08/2015&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em 24 ago. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 100700-72.2008.5.02.0373**, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Brasília, DF, DEJT de 20 abr. 2012. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AI RR%20-%20100700-72.2008.5.02.0373&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADS6AAT&dataPublicacao=20/04/2012&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em 26 ago. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 151240-47.2003.5.03.0026**, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Brasília, DF, DJ de 14 set. 2007. Disponível em [http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2056400-55.2009.5.02.0384&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKkEAAU&dataPublicacao=01/07/2013&localPublicacao=DEJT&query=NEAR\(\(%20NEAR\(\(%20NEAR\(\(%20responsabilidade,%20subsidiaria\),%200,%20true\),%20publico\),%20100\),%20regresso\),%20100\)](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2056400-55.2009.5.02.0384&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKkEAAU&dataPublicacao=01/07/2013&localPublicacao=DEJT&query=NEAR((%20NEAR((%20NEAR((%20responsabilidade,%20subsidiaria),%200,%20true),%20publico),%20100),%20regresso),%20100)). Acesso em 24 ago. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Divergência no Recurso de Revista n. 23100-67.2006.5.09.0011**, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Brasília, DF, DEJT de 13 nov. 2009. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-RR%20-%2023100-67.2006.5.09.0011&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAw+DAAC&dataPublicacao=13/11/2009&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em 24 ago. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência**

no **Recurso de Revista nº 297751-31.1996.5.04.5555**. Relator Ministro Milton de Moura França, Brasília, DF, DJ de 20 out. 2000. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20297751-31.1996.5.04.5555&base=acordao&numProcInt=83959&anoProcInt=1996&dataPublicacao=20/10/2000%2000:00:00&query=>. Acesso em 24 ago. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1239-37.2012.5.04.0663**. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Brasília, DF, DEJT de 14 nov. 2014. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201239-37.2012.5.04.0663&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAHPZAAM&dataPublicacao=14/11/2014&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em 24 ago. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**, Brasília, DF, DEJT de 27, 30 e 31/05/2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em 24 ago. 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. **Revista Dialética de Direito Processual – RDDP**, São Paulo, n. 31, out. 2005.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. 5 ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

HIERREZUELO, Ricardo Diego; NÚÑEZ, Pedro Fernando. **Responsabilidad en Contrato de Trabajo**. 3 ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública: as cooperativas de**

trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MALAQUIAS, Marcos. Inadimplemento Trabalhista e Julgamento da ADC nº 16/DF. **Revista do TST**, Brasília, p. 85-94, vol. 77, n. 1, jan./mar. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil Vol. 2: Processo de Conhecimento**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST**. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. Ação autônoma posterior destinada à responsabilização subsidiária do tomador de serviços ente público: controvérsias, questões relevantes e tutela de direitos. **Revista Trabalhista: direito e processo**. Brasília: Anamatra; São Paulo: LTr Editora, Ano 11, n. 4, out./dez. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualização de Gustavo Tepedino. 10 ed. rev. atual., Rio De Janeiro: GZ Editora, 2012.

REIS, Luciano Elias. Terceirização na Administração Pública: Breves Reflexões Críticas. **Revista Síntese: Direito Administrativo**, São Paulo, v. 10, n 112, p. 55-67, abr. 2015.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Clarissa Sampaio. Terceirização na Administração Pública: única forma de contratação de serviços relacionados à atividade-meio?: uma análise à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública e dos direitos fundamentais dos trabalhadores. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 51-69, maio/ago. 2013.

SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do TST**, Brasília, p.95-130, vol. 77, n. 1, jan./mar. 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil, Volume 1, Tomo I: processo de conhecimento**. 8 ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 169.

SINATORA, Sandra. Responsabilidade Subsidiária e Solidária nas Relações de Emprego.

Jornal Trabalhista Consulex. Brasília, ano 29, n. 1443, p. 4-5, set. 2012.

VIANNA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos Gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do TST**, Brasília, p. 54-84, vol. 77, n. 1, jan./mar. 2011.