



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA FACULDADE DE
CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS SOCIAIS - FAJS**

ARTHUR CORREIA TAVARES

**ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA AO ADIMPLENTO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DE
EMPREGADOS TERCEIRIZADOS À LUZ DA ADC Nº 16**

Brasília
2017



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA FACULDADE DE
CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS SOCIAIS - FAJS**

ARTHUR CORREIA TAVARES

**ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA AO ADIMPLENTO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DE
EMPREGADOS TERCEIRIZADOS À LUZ DA ADC Nº 16**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Cristiano Siqueira de Abreu Lima

Brasília
2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que me permitiu viver

Agradeço a meus pais que sempre me ajudaram e apoiaram nos piores momentos da minha vida, por todo o esforço diário que me permitiram chegar até aqui.

Agradeço aos meus avós Walter e Ivone pelos incentivos e por terem me auxiliado e me aconselhado nas tomadas de decisão.

Agradeço aos meus amigos em especial, Marcelo, Giovane, Vitor e Gabriel que compartilharam das mesmas alegrias e dificuldades durante o curso.

Agradeço a todos os professores do curso que fizeram o máximo para passar todo o conhecimento, em especial ao meu orientador Cristiano Siqueira pela paciência e atenção me ajudando a materializar esse trabalho.

Agradeço a todos que contribuíram de alguma forma para a minha formação acadêmica.

RESUMO

A ADC nº 16 do STF modificou os parâmetros para a atribuição de responsabilidade subsidiária da Administração Pública em face das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora do serviço. A presente decisão em seus fundamentos ressaltou a constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei nº 8666/93 e consignou a necessidade da configuração de culpa *in vigilando* pela ausência de fiscalização na execução do contrato administrativo. A Administração Pública, no Estado de Direito, está obrigada a obstar o dano ao trabalhador terceirizado, não agindo desta forma, é impositivo que responda pelo adimplemento das obrigações trabalhistas. Sopesaremos a história e a evolução da terceirização, seu conceito e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais quanto à responsabilização do Estado, em razão dos Entes Públicos asseverarem que tal decisão infringe o princípio da Supremacia do Interesse Público. Observaremos que os interesses do particular devem ser respeitados de modo a não suprimir direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho, garantidos na norma constitucional.

Palavras-chave: Terceirização. Administração da Pública. Responsabilidade pelo adimplemento das obrigações trabalhistas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. TERCEIRIZAÇÃO	9
1.1 Histórico.....	9
1.2 Conceito.....	13
1.3 Evolução legislativa	15
1.4 Previsão sumular	22
1.4.1 Súmula 256 do TST	22
1.4.2 Súmula 331 do TST	22
1.5 Terceirização lícita e ilícita	26
1.6 Repercussão geral nos autos do agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n.º 713.211/MG	27
1.7 Terceirização na administração pública.....	29
2. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO	32
2.1 Responsabilidade do estado pelas verbas trabalhistas anterior à ADC nº 16	32
2.2 Problemática do artigo 71, § 1º da lei nº 8666/93.....	35
2.3 Ação direta de constitucionalidade nº 16.....	37
2.3.1 O julgamento.....	39
2.4 Responsabilidade subjetiva extracontratual da administração pública após a adc nº 16 do STF	42
2.5 Parâmetros para adoção da responsabilidade objetiva pela administração pública pelas verbas trabalhistas.	46
3. PANORAMA JURISPRUDENCIAL ATUAL SOBRE A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	54
3.1 Jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas quanto a responsabilidade da Administração Públicas pelas Verbas Trabalhistas.....	54
3.2 Supremacia do interesse público sobre o interesse e a violação dos princípios fundamentais da constituição federal	76
CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	84

INTRODUÇÃO

Em 24 de setembro de 2010 foi julgada a ação direta de constitucionalidade (ADC) N° 16 do Supremo Tribunal Federal (STF), sendo um dos julgados mais importantes para o direito do trabalho ao declarar a constitucionalidade do artigo 71 § 1° da Lei n°8666/93 e afastar a responsabilidade objetiva do Estado em face das obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora do serviço. A presente decisão reconheceu a responsabilidade subjetiva extracontratual à Administração Pública em relação às verbas trabalhistas dos obreiros terceirizados, apenas quando comprovada ausência ou deficiência de fiscalização quanto às obrigações trabalhistas da empresa terceirizada.

O Tribunal Superior do Trabalho viu-se obrigado a alterar o seu entendimento fixado na Súmula 331 em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal, não apenas modificando a redação do item IV, mas também acrescentando os itens V e VI.

No presente trabalho, defende-se ser prejudicial ao trabalhador, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho, a adoção da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços apenas quando comprovada culpa na fiscalização da empresa prestadora.

Vale ressaltar que as verbas trabalhistas têm natureza alimentar e são vitais para a sobrevivência do trabalhador e de sua família. Ao limitar a responsabilidade da Administração Pública, e concedendo-se nítido e injustificável privilégio ao Estado, em detrimento do empregador privado, percebe-se que o princípio da proteção e os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho são feridos de forma evidente.

No primeiro capítulo, será analisado o contexto histórico da terceirização, os modelos de produção que levaram à sua adoção, o instituto será conceituado. Serão analisadas a evolução jurisprudencial e a evolução legislativa desde o decreto Lei n° 200/67 até o projeto de lei n° 4330/2004 que tramita no Senado Federal. Por fim, serão destacadas a determinação de terceirização lícita e ilícita, a breve exposição

do julgamento do recurso extraordinário 713.221/MG e as atividades passíveis de terceirização na Administração Pública.

No segundo capítulo, será abordada a responsabilidade da Administração Pública antes da ADC N°16 do STF, problemática que gira em torno do artigo 71, § 1° da Lei nº 8666/93. Serão mencionados os motivos que levaram ao ajuizamento da presente ação declaratória de constitucionalidade. Durante o desenvolvimento do tema, a análise crítica em face do presente dispositivo da Lei de licitações baseará sua abordagem. Finalmente, ficará demonstrada a problemática ao atribuir a responsabilidade subjetiva ao Estado no que diz respeito às verbas trabalhistas e ao prejuízo ao trabalhador.

No terceiro capítulo, será salientada a jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas em face da responsabilidade do Estado frente às verbas trabalhistas, que permitirá vislumbrar a quem incumbe o ônus probatório quanto à ausência de fiscalização da Administração Pública e permitirá responder questionamentos acerca da inexistência de obrigação personalíssima pelo pagamento das multas dos artigos 467 e 477 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) pela prestadora do serviço, com base na súmula 331 item VI.

Outros questionamentos dizem respeito aos documentos necessários para isenção de culpa do Ente Público com fundamento nos artigos 58, inciso III, e 67 da Lei de Licitações combinados com os artigos 19-A e 34, §4º e §5º da Instrução Normativa nº 2/2008 da Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. É importante destacar que existe a possibilidade do relator negar provimento a recurso, com base no artigo 932 do novo Código de Processo Civil (NCPC), quando a decisão impugnada estiver em consonância com súmula do STF, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou do tribunal em que o processo estiver tramitando.

Por fim, a apreciação da limitação da responsabilidade da Administração Pública em face da colisão do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e os princípios fundamentais constitucionais da dignidade da pessoa humana são temas que devem ser analisados conjuntamente, para que seja possível verificar criticamente a responsabilidade subjetiva extracontratual pelas

verbas trabalhistas inadimplidas por empresa contratada, de modo a sugerir a adoção da responsabilidade objetiva do Estado.

1. TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é um instituto muito utilizado em nosso país. A presente técnica administrativa visa transferir atividades acessórias a terceiros, rompendo dessa forma os laços justralhistas com a empresa tomadora do Serviço.

Diversas Leis vieram a disciplinar a terceirização como o Decreto-Lei nº 200/67 que previu a descentralização de atividades instrumentais da administração Pública Federal para empresas privadas, afim de desburocratizar o processo decisório do Estado.

Atualmente o presente método é disciplinado pela Súmula 331 do TST que limita sua utilização a atividades acessórias das empresas. Contudo a presente verbete sofreu mudanças consideráveis no decorrer do tempo, a principal depois da ADC nº 16 do STF.

Após a decisão do STF a súmula 331 do TST foi modificado, restando pacificado que para a responsabilização do ente público pelos os encargos trabalhistas seria necessário a configuração de culpa *in vigilando* ou culpa *in eligendo* da mesma.

O presente trabalho visa comprovar a fragilidade da decisão ora apontada frente os princípios trabalhista, o princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e os direitos sociais do trabalho previsto no artigo 7º da Constituição Federal.

1.1 Histórico

A terceirização origina-se na II Guerra Mundial, quando os Estados Unidos se aliaram aos países europeus para combater o nazismo, que diante da necessidade do aumento da produção da indústria bélica com a finalidade de manter a hegemonia aliada no conflito, passaram a transferir a outras empresas atividades secundárias. O presente modelo visa a diminuição dos custos de fabricação do

produto com maior produção devido ao alto grau de competitividade trazido pela globalização.¹

Rubens Ferreira Castro discorre que antes da Segunda Guerra Mundial já havia atividades econômicas prestadas por terceiros, contudo foi a partir do presente marco histórico que esta começou a fazer parte do dia a dia da sociedade, interferindo na economia global, assim iniciando o seu estudo.²

Jorge Ulisses Jacoby e Diva Bela Lara assinalam que a terceirização originou-se nos Estados Unidos posteriormente à Segunda Guerra Mundial, diante da procura das indústrias armamentistas por parceiros para elevar seu grau de produção. Em meados década de 40, esse método foi muito utilizado na Europa, pelos países que participaram do conflito militar global.³

O modelo de produção adotado até a crise do petróleo em 1973 era o fordismo, onde havia uma linha de montagem automatizada com uma esteira mecanizada que levava o trabalho e ditava o ritmo da produtividade do obreiro, com o objetivo de uma produção em massa.⁴

Na procura da aceitação de seu modelo, Henry Ford buscou satisfazer os trabalhadores com o pagamento de um salário dia de 5 dólares, sendo considerado excelente para os parâmetros da época e fixou a jornada de trabalho em 8 horas diárias, obtendo a submissão desejada e surgindo, desta forma, consumidores em potencial devido ao aumento do poder aquisitivo e à disposição de tempo para lazer, o que implicou maior grau de consumo.⁵

Segundo Gabriela Delgado a crise do capitalismo na década de 70, nos países ocidentais, atingiu “não só os países centrais, nos quais o modelo capitalista de desenvolvimento havia alcançado pleno vigor, mas também os chamados países

¹ GIRARDI, Dante. **A terceirização como estratégia competitiva nas organizações**. Gelre Coletânea – Série Estudo do Trabalho. São Paulo: Organizações Gelre, 2006, p.16.

² CASTRO, de Rubens **Ferreira. A terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000, p.75.

³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; LARA, Diva Belo. Terceirização no serviço público. Disponível em: http://www.jacoby.pro.br/novo/uploads/recursos_humanos/legis/terceirizacao/TSP.pdf. Acesso em 23 jan. 2017.

⁴ MORAES, Paulo Ricardo Silva de. Terceirização e precarização do trabalho humano. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**, v 74, n. 4, 2008, p. 151.

⁵ MORAES, Paulo Ricardo Silva de. Terceirização e precarização do trabalho humano. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**, v 74, n. 4, 2008, p.152.

periféricos ou emergentes”⁶. As mudanças de paradigmas com a substituição do modelo fordista, pelo modelo de produção Toyotista, o qual adotava um padrão horizontal de produção que “visava, em síntese, elevar a produtividade do trabalho e a adaptabilidade da empresa a contextos de alta competitividade no sistema econômico e de insuficiente demanda no mercado consumidor”⁷, bem como a crise do Estado de Bem-Estar social, com avanço do Neoliberalismo foram realidades que consolidaram a terceirização.

Mauricio Godinho relata que o Toyotismo propiciou o surgimento de empresas menores, que realizavam atividades complementares ao processo produtivo. Mauricio Godinho discorre sobre o tema e menciona que surge o conceito de empresa enxuta, concentrando em si exclusivamente suas atividades nucleares e transferindo a outras empresa menores as tarefas secundárias.⁸

A adoção do sistema japonês de produção propiciou elevado grau de produtividade, um exemplo é a Toyota que, em 1980, produzia 69 carros por trabalhador, enquanto a General Motors produzia 9 carros por trabalhador. A produção em massa da empresa automobilística japonesa era quase 8 vezes superior à americana, devido à subcontratação de empregados para serviços especializados, permitindo, assim, maior produtividade com menor custo e com menos trabalhadores diretamente contratados.⁹

A passagem do Estado do Bem-estar Social, intervencionista, para o Estado Constitucional Liberal, baseado nos ideais neoliberais e de intervenção mínima, com a noção de que o Estado deve criar condições favoráveis aos investimentos privados, de modo a aumentar a produtividade e diminuir os custos, também foi preponderante para o desenvolvimento da terceirização.¹⁰

⁶ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006 APUD DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Os limites constitucionais da terceirização. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 19.

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 48.

⁸ IBIDEM

⁹ POCHMANN, Marcio. **A transnacionalização da terceirização na contratação do trabalho**. Disponível em: <http://cnts.org.br/public/arquivos/pesquisa_TG_Pochmann.pdf>. Acesso 14 set.2016.

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 24-25 e 43.

Amauri Mascaro Nascimento afirma que o Neoliberalismo é um modelo de Estado não intervencionista na economia que visa flexibilizar o direito do trabalho por intermédio da negociação coletiva, onde as partes solucionam os conflitos trabalhistas por meio da conciliação fundamentada na liberdade sindical e autonomia coletiva dos particulares.¹¹

No Brasil, noções de terceirização foram inseridas por empresas multinacionais. Na década de 60 sua implementação deu-se de forma gradual e contínua. Nos anos 90, ocorreu uma grande disseminação do modelo de produção Toyotista em nosso país e, conseqüentemente, da terceirização em diversos setores econômicos.

Gabriela Neves Delgado dispõe que na década de 90 ocorreu uma “expansão desvirtuada da terceirização no universo empresarial, que se ocupou de terceirizar indiscriminadamente tanto as áreas e os setores periféricos como as áreas e os setores nucleares do setor produtivo”.¹²

Maurício Godinho assevera que, também na década de 90, o pensamento neoliberal foi absorvido de forma mais intensa em nosso país, o que, similarmente, propiciou a difusão da terceirização. Este pensamento prega a redução do valor da força de trabalho, mediante a flexibilização do direito do trabalho e da desregulamentação.¹³

Percebe-se, assim, que o toyotismo e o neoliberalismo, também foram elementos preponderantes na inserção da terceirização da mão de obra no Brasil, como elemento de reformulação geral das estratégias nacionais, surgindo, a partir daí, a relação trilateral composta: trabalhador, o intermediador de mão de obra e o tomador de serviço.

¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60.

¹² DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 11.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 129.

1.2 Conceito

O vocábulo terceirização advém da palavra terceira, com significado de intermediário, interveniente. É instituto utilizado por uma empresa para descentralizar determinada atividade empresarial, por meio da contratação de uma empresa especializada.¹⁴

Para Mauricio Godinho¹⁵, terceirização pode ser definida,

o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços que realiza suas atividades materiais e intelectuais junta à empresa tomadora de serviços que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Nota-se que é a contratação de um terceiro para exercer a atividade que seria naturalmente realizada pela empresa contratante. Dessa forma, surgiu uma relação justralhista com três polos definidos: a empresa contratada, a empresa tomadora do serviço e o empregado terceirizado.

Sergio Pinto Martins define terceirização como o fenômeno que permite a contratação de um terceiro para execução de serviços secundários, tais como limpeza e vigilância. Salienta-se que diz respeito a serviços de natureza temporária, cujo objeto não seja a prestação de atividade inerente à demanda empresarial.¹⁶

Alexandre Agra Belmonte caracteriza a terceirização como a inserção de um terceiro na dinâmica empresarial da empresa contratante, para execução de tarefas ligadas à cadeia produtiva, surgindo uma relação trilateral.¹⁷

Cristiana Fortini e Virgilia Kirchmeyer Vieira definem terceirização como um procedimento empresarial consistente na transferência a um terceiro de uma atividade que seria executada diretamente pela empresa.¹⁸

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 452.

¹⁵ IBIDEM

¹⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.207.

¹⁷ BELMONTE, Alexandre Agra, Aspectos Jurídicos da Terceirização Trabalhista. **Revista eletrônica – Tribunal Superior do Trabalho**, v 74, n.4, out./dez. 2008, p.26.

Observa-se que este modo de contratação difere do modelo bilateral (patrão/empregado), podendo, inclusive, diminuir direitos e garantias do empregado e embaraçar a aplicação do Direito do Trabalho, conforme expõe Mauricio Godinho:¹⁹

De outro lado, a fórmula terceirizante pulveriza a classe trabalhadora, criando dificuldades práticas quase intransponíveis para a efetiva aplicação do Direito do Trabalho, em face das inúmeras peculiaridades que passa a criar em função dos tipos de segmento econômico, de empresa e de trabalhadores envolvidos. Tais peculiaridades provocam dispersões na própria compreensão e regulamentação do fenômeno na ordem jurídica, assim como pelos operadores desta ordem, como o sistema judicial e o sistema de fiscalização trabalhista.

A utilização do presente instituto ganhou força na última década devido aos benefícios trazidos à empresa. Dentre as vantagens, podemos destacar que permitiu a redução de custos na fabricação do produto, o aumento na lucratividade e uma competitividade no mercado globalizado mais abrangente.

Carlos Henrique Bezerra Leite aponta alguns efeitos da utilização deste instituto pelas empresas, quais sejam: redução dos custos, aumento da lucratividade e, em decorrência disto, elevação de seu grau de competitividade no mercado.²⁰

A terceirização consiste na formação de uma relação trilateral, observando-se que não há formação de vínculo jurídico entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviço, sendo este somente um prestador de serviços, inexistindo a disposição clássica de contrato bilateral de trabalho e sendo extremamente benéfico para a empresa contratante, uma vez que não há vínculo jurídico com os trabalhadores terceirizados e, em consequência, há uma diminuição de custos, aumento do lucro, gerando uma maior competitividade no mercado.²¹

¹⁸ FORTINI, Cristina; VIEIRA, Virgílica Kirchmeyer, **A terceirização pela administração Pública no Direito Administrativo: sobre o decreto nº 2.271/97 e a instrução Normativa nº 2/08**. In: FORTINI, Cristina. **Terceirização na Administração**. Belo Horizonte . Fórum, 2009, p. 25-38, p 27

¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 45-46.

²⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 273.

²¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 452.

1.3 Evolução legislativa

A terceirização é um instituto recente no campo do Direito do Trabalho brasileiro e só com o passar do tempo passou a integrar as relações de trabalho.

Com a migração dos trabalhadores do campo para os centros urbanos, se fez imperioso tomar medidas de proteção aos mesmos. Daí ocorre em 1943, a elaboração da Consolidação das Leis Trabalhistas, momento em que no nosso país não havia necessidade de uma lei específica para o tema, uma vez que o modelo trilateral terceirizante não era difundido nas relações trabalhistas, conforme assevera Mauricio Godinho: “[...] o modelo básico de organização das relações de produção manteve-se fundado no vínculo bilateral empregado-empregador, sem notícia de surgimento significativo no mercado privado da tendência à formação do modelo trilateral terceirizante.”²²

Na legislação supracitada, em seu artigo 455, identificam-se algumas formas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e a subempreitada. Para o doutrinador, seria um início do processo terceirizante na iniciativa privada.²³

Artigo 455 Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo adimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo Único. Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importância a este devida, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.²⁴

Discorrendo sobre o mencionado artigo da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), Gabriela Delgado afirma que “reconhecendo a prática comercial consolidada neste setor, a norma jurídica conferiu segurança jurídica ao empregado da subempreiteira, atribuindo ao empreiteiro principal (tomador dos serviços)

²² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 453.

²³ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 39.

²⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del_5452.htm Acesso em 16 set. 2016

responsabilidade solidária pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo empregador.²⁵

A legislação sobre o tema em nosso ordenamento jurídico se mostrou mais evidente no âmbito da Administração Pública, por meio do Decreto-Lei nº 200/67 que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a reforma administrativa, normatizando a terceirização em seu artigo 10º, § 7º:²⁶

Artigo 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.²⁷

Destaca-se que foi o primeiro diploma a prever a descentralização de serviços materiais de tarefas executivas e atividades internas do setor público em nosso ordenamento jurídico, estimulando a execução indireta dessas tarefas por empresas privadas especializadas, com a finalidade de evitar a criação de carreiras públicas para sua execução.

Gabriela Neves Delgado aduz que “o próprio Estado adotou o sistema terceirizado enfatizando a prática da descentralização administrativa no tocante à operacionalidade de tarefas meramente executivas”.²⁸

José Roberto Freire Pimenta discorre que o motivo para edição do presente Decreto-Lei, como há tentativa de prevenir o crescimento demasiado da máquina pública, foi permitir à Administração Pública a realização indireta de atividades especializadas ou de necessidades transitórias por empresas privadas, não justificando a criação de cargos públicos.²⁹

²⁵DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 39.

²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 452.

²⁷BRASIL. **Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.

²⁸DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo, LTr, 2004, p. 128

²⁹ PIMENTA, José Roberto Freire, A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC Nº16 – DF e a Nova Redação dos Itens IV e V da

Helder Amorim explica que existiam outras razões para elaboração do Decreto- Lei, na medida que, em seus dizeres, o governo militar pretendia diminuir o excesso de formalidade nos atos decisórios da Administração Pública Direta e no controle gerencial e financeiro das empresas estatais. Nesse sentido, a ideia era tornar o Estado mais operacional, por meio da execução indireta de determinadas atividades, conseqüentemente reduzindo os custos.³⁰

Contudo, o Decreto-Lei nº 200/67 era inespecífico sobre a amplitude da descentralização da mão de obra e sobre quais atividades e tarefas poderiam ser terceirizadas. Em razão da dúvida existente de quais serviços poderiam ser objeto da presente reforma administrativa, posteriormente foi editada a Lei nº 5.645/70 que trouxe um rol exemplificativo acerca de quais atividades dariam ensejo à terceirização, conforme destacado no artigo 3º, parágrafo único:³¹

Artigo 3º

[...]

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-Lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.³²

Percebe-se que todos os serviços enumerados no artigo estão ligados a atividades meio. Diante disso, a lei vedou a terceirização para as atividades fim.

Nesse sentido, Gabriela Neves Delgado assevera “que não há autorização legal para a execução de processos de terceirização de serviços relacionados à atividades fim da administração pública”.³³

Paralelamente, no âmbito privado em 1974, foi publicada a Lei nº 6019, denominada lei do trabalho temporário que regula a contratação temporária de empregados terceirizados relativos a atividades fim, entretanto não autoriza a terceirização permanente, possuindo caráter de exceção.

Súmula Nº331 do Tribunal Superior do Trabalho . **Revista Tribunal Superior do Trabalho**, v.77, nº1, Jan./mar 2011,p.276.

³⁰ AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009, pgs 104-105

³¹ SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, ano 2011, v.77, n.1,2011, p.103.

³²BRASIL. **Lei nº 5.645 de 10 de dezembro de 1970**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm. Acesso em 12 jan.2017

³³ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo, LTr, 2004, p. 128

Gabriela Neves Delgado adota o posicionamento de que a Lei nº 6019/74 foi a primeira a validar o uso de mão de obra terceirizada pela contratação de uma empresa prestadora, apesar de ser permitida somente nas hipóteses do artigo 2º da mesma.³⁴

Segundo o artigo 2º da Lei nº 6019 existem duas possibilidades que autorizam a contratação de um trabalhador temporário, sendo as hipóteses permissivas de sua contratação a substituição de pessoal regular e permanente ou decorrente acréscimo extraordinário de serviços.³⁵

Importante frisar que o trabalhador temporário se diferencia do trabalhador contratado a prazo determinado, de acordo com o previsto no artigo 443 da CLT. O primeiro trabalha como terceirizado para atender a necessidades transitórias da empresa tomadora do serviço, enquanto o segundo é contratado de forma direta em caráter experimental.³⁶

Outra diferença entre ambos diz respeito ao contrato de trabalho, enquanto o contrato de trabalho do trabalhador por tempo determinado pode ser tácito, escrito ou verbal; o contrato do trabalhador temporário e a empresa cliente deve necessariamente ser escrito e nele deve constar, ainda, a razão da demanda, conforme artigo 9º da Lei nº 6.019/74.

O artigo 10 da Lei supracitada menciona que a duração máxima do contrato de um obreiro temporário com um mesmo tomador é de 90 dias, entretanto o prazo poderá ser ampliado com a autorização do Ministério do Trabalho.

A não observância de quaisquer requisitos deste tipo de contrato especial acarretará na formação direta de contrato de emprego.

Com base no artigo 12 da Lei nº 6.019/74 são assegurados a esta classe especial remuneração equivalente aos empregados da mesma categoria da empresa tomadora, quais sejam: jornada máxima diária de 8 horas, férias proporcionais de 1/12 por mês de serviço ou fração superior a 15 dias, acrescidas de

³⁴ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2015, p 38

³⁵BRASIL. **Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em 12 jan. 2017

³⁶ BELMONTE, Alexandre Agra, Aspectos Jurídicos da Terceirização Trabalhista. Revista eletrônica – Tribunal Superior do Trabalho, v. 74, n.4, p. 26 -52. 2008

1/3, salvo dispensa por justa causa, repouso semanal remunerado, adicional noturno de 20%, FGTS em substituição a inicialmente prevista indenização por dispensa sem justa causa ou término do contrato, correspondente a 1/12 do salário por mês de serviço, registro da condição de temporário na CTPS, seguro contra acidente do trabalho, proteção previdenciária.

Existe a previsão de rescisão por justa causa no contrato de trabalho temporário previsto no artigo 13 da Lei, dizendo que são as mesmas hipóteses do contrato normal, dispostas nos artigos 482 e 483 da CLT.

O artigo 16 da Lei do trabalhador temporário prevê responsabilidade solidária da empresa tomadora pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e remuneração em caso de falência da empresa prestadora de trabalho temporário.

Posteriormente, no ano de 1983, foi editada a Lei nº 7.102 que versava sobre o sistema de segurança dos estabelecimentos financeiros, vindo a autorizar a terceirização nos serviços de vigilância e transporte de valores.³⁷

O artigo 10 da presente Lei foi modificado no ano de 1994, onde a contratação de mão de obra terceirizada foi ampliada para estabelecimentos públicos, privados e para segurança de pessoa física, bem como para transporte e garantia de transporte de valores no setor financeiro.

O artigo 15 define que o serviço de vigilância é aquele realizado por empregado contratado para exercer a vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos públicos ou privados, bem como para desempenhar a segurança de pessoa física e o transporte de qualquer outro tipo de carga.

Por último, o artigo 3º diz que a atividade de segurança será exercida por empresa especializada contratada ou pelo próprio estabelecimento financeiro desde que organizado e preparado para tal fim, com pessoal aprovado em curso de formação autorizado pelo Ministério da Justiça e cujo sistema de segurança possua um parecer favorável aprovado pelo mesmo órgão.

³⁷BRASIL. Lei nº 7.102 de 20 de junho de 1983. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em 12 jan.2017

Salienta-se, ainda, que o TST editou a súmula 257 explicando que o vigilante contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas não é enquadrado como bancário. O intuito do verbete sumular é o de evitar reclamações trabalhistas que visem o reconhecimento de vigilantes como integrante da categoria de bancários.

Foi sancionada pelo Presidente da República o projeto de lei nº 4.302/98, que altera os artigos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 9º, 10, 12 e o parágrafo único do artigo 11.

Passando a serem regidas as relações entre empresas de trabalhos temporários e na empresa tomadora pelo presente projeto de lei ora sancionada. O artigo 1º define trabalhado temporário, como aquele que prestada por pessoa física contratada por pessoa física contratada por empresa temporária para prestar serviço a uma empresa tomadora do serviço, para atender à necessidade de substituição de pessoal permanente ou demanda complementar de serviços, sendo proibida sua contratação par substituir empregados em greve salvo disposto em lei.³⁸

O §2 da artigo 2º considera complementar a atividade oriundo de fatores imprevisíveis ou quando decora de fatores previsíveis de natureza intermitente, periódica e sazonal.

O artigo 4º diz que a empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica registrada no ministério do trabalho, responsável por colocação de trabalhadores à disposição de outros empresas temporariamente, são requisitos seu funcionamento e registro, prova de inscrição no cadastro nacional de pessoa jurídica, prova de registro na junta comercial, possuir capital mínimo de cem mil reais, disposições sobre segurança, podendo versar sobre desenvolvimentos de atividade meio ou fim a serem realizadas pela contratada.

O contrato celebrado entre a empresa temporária e tomadora terá que ser escrito possuindo qualificação das partes, prazo e valor da prestação do serviço e a disposições sobre saúde do trabalhador, independentemente do local e realização do trabalhador.

³⁸BRASIL. **Projeto de Lei nº 4302 de 1998.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1537011&filename=Tramitacao-PL+4302/1998>. Acesso em 15 mar.2017

O artigo 10 dispõe que não existe vínculo de emprego entre a tomadora e os trabalhadores terceirizados. O contrato de trabalho temporário terá o prazo máximo de 180 dias, sendo prorrogáveis por mais 90 dias, quando comprovada a manutenção das condições que os ensejaram. Após transcorrer o prazo máximo do contrato o obreiro não poderá voltar a trabalhar a mesma tomadora por um prazo de 90 dias, caso seja contratado novamente sem observar o prazo será caracterizado vínculo empregatício com a tomadora.

Atualmente, tramita no Senado Federal o projeto de lei n.º 4330/2004, cujo conteúdo pretende autorizar a terceirização em qualquer tipo de atividade, seja inerente ou acessória.

O presente projeto de lei caracteriza a empresa prestadora do serviço como sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços necessários, sendo responsável pela contratação e remuneração de seus empregados, ou subcontrata outra empresa para realização do serviço.³⁹

O artigo 11 do PL n.º 4330/2004 dispõe que a empresa prestadora de serviços a terceiros, que subcontratar outra empresa para a execução do serviço é solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas assumidas pela subcontratada.

Conforme o artigo 2º, §2º do projeto de lei não será possível a configuração de vínculo empregatício entre os trabalhadores terceirizados ou sócios da empresa prestadora de serviço com a empresa contratante.

A responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas referente ao período laborado pelo empregado será mantida entre contratante e contratada, cabendo ação regressiva contra a devedora, segundo o artigo 10 do PL ora analisado.

Quanto à responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos contratados de prestação de serviço será mantida a regra estabelecida no artigo 71 §1º da Lei n.º 8666/93.

³⁹BRASIL. **Projeto de Lei n.º 4330 de 2004**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979. Acesso em 15 mar.2017

1.4. PREVISÃO SUMULAR

1.4.1 Súmula 256 do TST

Com o intuito de restringir a utilização do instituto da terceirização de forma demasiada, o TST editou a Súmula 256 em 30/09/86, considerando toda a terceirização de mão de obra ilícita, com as exceções previstas na Lei nº 6019/74 (Lei do trabalho temporário) e Lei nº 7.102 /83 (Lei do Serviço de vigilância). Cumpre transcrever o presente verbete:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis n. 6.019, de 3-1-74, e 7.102, de 20-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.⁴⁰

Entretanto, a Súmula 256 foi cancela no ano de 1993 em razão de não ser mais usada em sua totalidade, devido ao entendimento jurisprudencial que a atividade de limpeza e conservação estava compreendida como terceirização lícita. Desta forma, o TST elaborou a Súmula 331 que ampliou as possibilidades de terceirização de mão de obra em nosso quadro jurídico atual.

1.4.2. Súmula 331 do TST

Mesmo com a edição súmula 256 no início dos anos 90, a terceirização espalhou-se no mercado de trabalho brasileiro de forma agressiva, na tentativa de desregular as normas trabalhistas. Em decorrência deste fato, o Tribunal Superior do Trabalho já não utilizava de forma integral a referida súmula, passando a admitir a prestação de serviços de limpeza e conservação no âmbito das empresas privadas, bem como nas entidades da administração pública.⁴¹

Devido à previsão sumular 256 encontrar-se envelhecida em decorrência da disseminação da cultura neoliberalista, o Ministério Público do Trabalho (MPT)

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas do tribunal superior do trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 2 fev. de 2017.

⁴¹ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2015, p 46

solicitou ao TST, em caráter emergencial, a revisão do verbete sumular, a fim de tentar flexibilizar as normas trabalhistas.⁴²

Ao analisar as propostas do MPT, o Superior Tribunal do Trabalho, em dezembro de 1993, editou a súmula 331 do TST, revendo e alterando os limites da terceirização e, em decorrência, houve o cancelamento da súmula 256. A inovação oriunda desse verbete foi a flexibilização ao reconhecer a legalidade de quaisquer serviços especializados ligados à atividade meio do tomador do serviço, cujo conteúdo cumpre transcrever.⁴³

SÚMULA Nº 331 DO TST

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

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

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

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;⁴⁴

O item I da Súmula 331 em sua maior parte reiterou o entendimento da antiga Súmula 256, tirando qualquer referência ao serviço de vigilância. O intuito é o de preservar o modelo clássico de contratação.⁴⁵

O novo verbete se diferencia do antigo ao demonstrar de forma exaustiva as possibilidades de terceirização lícita composta por serviços de limpeza, serviços especializados ligados a atividades do meio empresarial, serviços de vigilância e o trabalho temporário. Deste grupo, os três primeiros são formas de terceirização permanente, sendo o último a única forma temporária admitida por lei.

⁴² DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2015, p 46

⁴³ IBIDEM

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas do tribunal superior do trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 2 fev. 2017

⁴⁵ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2015, p 46

Observe-se que o item III sumular proíbe nos três tipos de terceirização permanente a existência de pessoalidade e subordinação direta do obreiro terceirizado com o tomador do serviço, ou seja, tais pressupostos devem se vincular com a empresa prestadora do serviço. Caso haja desobediência a este preceito, “a presença de pessoalidade e subordinação direta entre trabalhador e a empresa de serviço configura fraude trabalhista”.⁴⁶

A ocorrência de fraude torna o ato nulo, conforme leciona o artigo 9º da CLT, sendo ilícita a terceirização da mão de obra, o que resulta na determinação de vínculo empregatício com o tomador do serviço de acordo com o inciso II sumular.

Artigo. 9º – Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Entretanto, conforme o item II, a contratação de mão de obra irregular não gera vínculo empregatício com os entes da Administração Pública direta, indireta e fundacional, devido à vedação do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que para ingresso no serviço público há necessidade de aprovação mediante concurso público, e, assim, impossibilita a formação de vínculo empregatício entre o obreiro e o ente público que atue como tomador do serviço, em decorrência de uma relação trilateral fraudulenta.

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

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;⁴⁷

Vale destacar que tal hipótese só se vincula à terceirização permanente, no caso da terceirização temporária inexistente este pressuposto de ilicitude. Em outras palavras “isto quer dizer que no trabalho temporário, o trabalhador poderá exercer seu ofício com pessoalidade e subordinação direta em relação ao tomador do

⁴⁶ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2015, p 47

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jan. 2017.

serviço, sem que se desnature o vínculo empregatício com a empresa prestadora do serviço”.⁴⁸

Este tipo de trabalhador se vincula aos dois empregadores, observa-se, portanto, que “o trabalhador temporário torna-se duplamente subordinado, devido ao comando simultâneo que recebe tanto de seu empregador formal quanto de seu empregador de serviço”.⁴⁹

O TST modificou a redação do item IV da súmula 331 no ano de 2000, por meio da resolução nº 96, para esclarecer qualquer dúvida quanto à responsabilidade da Administração Pública, assim, pelo novo texto restou claro que os órgãos da administração pública direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista também poderiam ter decretada a responsabilidade subsidiária por eventuais débitos trabalhistas desde que não adimplidas pela empresa interposta.

Assim dispunha o item IV até o ano de 2010:

SÚMULA Nº 331

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)⁵⁰.

Contudo o presente item sofreu novas modificações no ano 2011, em razão do julgamento da ADC nº 16 do STF, como será visto mais à frente.

⁴⁸ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2015, p 46

⁴⁹ MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira e DUTRA, Renata Queiroz. A Terceirização de Atividade-Fim Caminho e Descaminho para a Cidadania no Trabalho. Brasília : **Revista do Tribunal Superior Do Trabalho**, V. 80., n.3, jun/set. 2014, p.191.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas do tribunal superior do trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 2 fev. 2017

1.5 Terceirização lícita e ilícita

A súmula 331 se diferencia da antiga súmula 256 por trazer expressamente os tipos de terceirização lícita, dentre elas podemos mencionar as decorrentes do trabalhador temporário, de serviços de vigilância, de conservação e limpeza e de serviços ligados à atividade meio da empresa.

Repare que ambas as formas lícitas estão ligadas a atividades meio, com exceção do trabalhador temporário, sendo a este permitido cumprir demandas da atividade fim empresarial, diante de uma causa transitória para substituição de pessoal regular ou em épocas de necessidade de serviço extraordinário.⁵¹

Nesse aspecto, o limite imposto ao instituto terceirizante são de atividades não nucleares à dinâmica empresarial, ou seja, atividades para as quais a empresa presta serviços. De modo a exemplificar o conceito ora abordado, podemos destacar que uma escola não pode terceirizar seus professores, uma vez que a demanda escolar está ligada ao ensino de pessoas, entretanto pode usar esse procedimento quanto ao serviço de limpeza, em razão deste ser um serviço auxiliar e não nuclear.⁵²

Dessa forma, percebe-se que a atividade fim está intimamente ligada à finalidade negocial e ao objetivo econômico da empresa, enquanto a atividade meio é identificada como pertencente aos serviços periféricos que não integram a finalidade empresarial.⁵³

O pressuposto da atividade meio não é o único requisito para a licitude deste procedimento, a súmula 331 teve a prudência de lecionar que obrigatoriamente devem inexistir pessoalidade e subordinação diretas entre a tomadora do serviço e o empregado terceirizado, isso quer dizer que "a empresa terceirizante responde pela prestação dos serviços de seu trabalhador no estabelecimento da empresa

⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 467

⁵² IBIDEM

⁵³ DELGADO, Mauricio Godinho. 2014. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. Pg.468

tomadora”⁵⁴, devendo a subordinação e a pessoalidade serem mantidas em face da empresa prestadora do serviço.⁵⁵

A única ressalva a esta regra é o trabalhador temporário, o qual se permite a pessoalidade e a subordinação direta com o tomador do serviço, em razão deste estar substituindo pessoal regular ou executando tarefas extraordinárias acrescidas em determinado período no âmbito da empresa interposta.⁵⁶

Respeitado esse limite dos pressupostos sumulares dos itens I e III do verbete sumular não há que se falar em formação de vínculo empregatício direto com a tomadora do serviço.

Entretanto, fora os quatro grupos apontados não existe nenhuma lei que autorize serviço na atividade fim, dando validade a esse tipo de contratação, assim, caso ocorra a utilização desse procedimento para mascarar a relação de emprego, a terceirização será ilícita, gerando vínculo empregatício direto com o tomador do serviço.

1.6 Repercussão geral nos autos do agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 713.211/MG

Caso o PL nº 4330/2004 não seja aprovado no Congresso Nacional ainda existe a possibilidade de liberação da terceirização na atividade fim pelo julgamento do Agravo nº 713.211/ MG.

A Celulose Nipo-Brasileira-Cenibra S/A, empresa multinacional controlada por capital japonês e uma das maiores produtoras de papel do Brasil, foi condenada pela Justiça do Trabalho pela utilização ilícita de terceirização, onde a atividade terceirizada era inerente a sua atividade econômica.⁵⁷

Em decorrência da manutenção da sentença no TST, o grupo empresarial interpôs recurso extraordinário perante o STF para questionar a constitucionalidade da Súmula 331 do TST e a ausência de lei que proíba a utilização da terceirização

⁵⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. Ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 469

⁵⁵ IBIDEM, p. 466.

⁵⁶ IBIDEM, p. 466

⁵⁷ COUTINHO, Grijaldo Fernandes. **Terceirização Máquina de Moer Gente Trabalhadora**. São Paulo: LTr, 2015, p 247.

na atividade fim. Ao analisar o recurso, o Ministro Relator Luiz Fux negou seguimento ao recurso, com o argumento de ausência de pré-questionamento da matéria ante o Tribunal Superior do Trabalho, conforme disposto nas Súmulas 282 e 356 do STF.⁵⁸

Contudo, a Reclamada opôs embargos de declaração. Ao analisar os embargos o Ministro Relator alterou o sentido da primeira decisão, admitindo a terceirização na Atividade-fim, com base na liberdade de contratar prevista no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, além de admitir repercussão geral no tema, conforme o artigo 543 do Código de Processo Civil de 73 (CPC/73).⁵⁹

No julgamento dos embargos pela Primeira Turma do STF, o Plenário acolheu a repercussão geral sobre o tema para o pronunciamento da constitucionalidade da terceirização na atividade-fim, no qual foi dado provimento por maioria de votos.⁶⁰

Grijaldo Fernandes Coutinho criticou a reforma da decisão, pois, no seu modo de ver, o recurso de embargos de declaração serviria para sanar obscuridade, contradição e omissão, acrescentou, ainda, que a jurisprudência do STF foi desfeita pela decisão, em razão de ter dado provimento ao recurso, com base a uma menção genérica da liberdade de contratar.⁶¹

Gabriela Neves Delgado afirmou que o Supremo Tribunal Federal nunca havia admitido um Recurso Extraordinário por violação do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal (CF), devido ao entendimento fixado na Súmula 636 do STF de que “não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressupunha rever interpretação dada a norma infraconstitucional pela decisão recorrida”.⁶²

O presente recurso ainda espera julgamento, caso seja julgado procedente as consequências jurídicas serão enormes, primeiro o direito do Trabalho estará em xeque uma vez que, seu objetivo é buscar um sistema justo, com base nos

⁵⁸ COUTINHO, Grijaldo Fernandes. **Terceirização Máquina de Moer Gente Trabalhadora**. São Paulo: LTr, 2015, p 247.

⁵⁹ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2015, p 68.

⁶⁰ COUTINHO, Grijaldo Fernandes. **Terceirização Máquina de Moer Gente Trabalhadora**. São Paulo: LTr, 2015, p 247.

⁶¹ IBIDEM, p248.

⁶² DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2015, p 70.

princípios constitucionais da proteção social ao trabalho, da dignidade da pessoa humana e nas normas constitucionais da função social da empresa. Quanto ao argumento da ausência de lei é óbvio que existe uma lei que proíbe a utilização deste instituto que é a CLT em seus artigos 2º e 3º, cujo conteúdo estabelece o modelo de contratação bilateral.

Inexiste fundamento legal para a adoção da terceirização na atividade fim. Noberto Bobbio fala que “um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem existir normas incompatíveis”⁶³, assim “equivale validade do princípio para excluir a incompatibilidade da norma”⁶⁴. Logo, a doção desse procedimento é incompatível com o direito Brasileiro.

1.7 Terceirização na administração pública

Como relatado anteriormente, as primeiras leis a tratarem de terceirização na Administração Pública foram o Decreto-Lei nº 200/67 e a Lei nº 5.645/70, assim, permitiu a descentralização de serviços materiais de tarefas executivas e atividades internas do setor público em nosso ordenamento jurídico, o que estimulou a execução indireta das tarefas por empresas privadas especializadas a fim de evitar a criação de carreiras públicas para sua execução.

Contudo, com a promulgação da Constituição de 1988 que preceitua em seu artigo 37, inciso XXI, que a contratação de mão de obra terceirizada será feita mediante processo de licitação, como forma de assegurar a igualdade de condições aos concorrentes. Cumpre transcrever o presente artigo:

Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

⁶³ BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Universidade de Brasília, 1994. p 94.

⁶⁴ IBIDEM

O legislador, ao editar o presente artigo não pretendia inovar o modelo de celebração dos contratos administrativos, “mas tornar expresso que a licitação é obrigatória inclusive para entidades da Administração indireta”.⁶⁵

Em decorrência do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, o legislador editou a Lei nº 8666/93, entretanto o seu artigo 7º, inciso II não especificou o limite da terceirização de serviços. Em decorrência da presente omissão foi elaborado o Decreto Federal nº 2271/1997, cujo artigo 1º prevê que no âmbito da Administração Pública 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.⁶⁶

O parágrafo 1º do presente artigo assevera que atividades de limpeza, conservação e segurança, vigilância, transporte, informática, copeiragem, recepção, telecomunicações, reprografia, manutenção de prédios e equipamentos de instalação serão preferencialmente objeto de execução indireta.⁶⁷

No parágrafo 2º há vedação da execução indireta em relação a atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelos planos de cargos do órgão ou entidade.⁶⁸

No mesmo sentido, em 2008, foi editada a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2/2008, cujo artigo 9º veda a execução indireta de atividades que “sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoa”.⁶⁹

Logo, diante dos argumentos acima, é notório que só poderá ser alvo de execução indireta os serviços relacionados a atividade meio. Sendo a atividade fim

⁶⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella DI. **Parcerias na Administração Pública Concessão, Permissão Franquia, Terceirização, Parceria Pública-Privada e Outras Formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas 2005 .p.236

⁶⁶ REIS, Luciano Elias. Terceirização na Administração Pública: breve reflexões críticas. **Revista Eletrônica- Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, v. 4, p, 2014. p.116.

⁶⁷ IBIDEM

⁶⁸ IBIDEM

⁶⁹BRASIL. **Instrução Normativa SLTI nº 02/2008**. Disponível em:<http://www.cjf.jus.br/cjf/cjf/controle-interno/fique-por-dentro/InstrNormSLTI_02_2008.PDF/view> Acesso em: 22 fev. 2017.

executado por servidor público aprovado em concurso público de provas e títulos ou por algum empregado contratado para realizar o serviço.

2. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO

2.1 Responsabilidade do Estado pelas verbas trabalhistas anterior à ADC nº 16

A discussão sobre a responsabilidade do Estado pelas verbas trabalhistas, iniciou-se em razão, da modificação do item IV da Súmula 331 do TST uma vez, que sua redação original não fazia menção à Administração Pública, o que originou incerteza sobre a possibilidade sua responsabilização.⁷⁰

Cumpra transcrever a redação original do item IV da súmula 331 do TST:

SÚMULA Nº 331 DO TST

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.⁷¹

Diante disso, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da resolução nº 96 no ano 2000 modificou a redação do presente dispositivo, ficando expressa a possibilidade da Administra Pública, direta indireta e fundacional responderam subsidiariamente pelos inadimplementos dos encargos trabalhistas pela prestadora do serviço.⁷²

Todavia, para a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente pública, seria necessária sua inclusão no polo passivo da relação processual, em razão do artigo 506 do Código de Processo Civil de 2015 (NCPC), estabelecer que a sentença só faz coisa julgada entre as partes, não prejudicando terceiro.

SÚMULA Nº 331 DO TST

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado

⁷⁰ PIMENTA, José Roberto Freire, A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC Nº16 – DF e a Nova Redação dos Itens IV e V da Súmula Nº331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista eletrônica – Tribunal Superior do Trabalho**, v 77, nº1, Jan/mar 2011. p.272

⁷¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas do tribunal superior do trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 2 fev. 2017

⁷² PIMENTA, José Roberto Freire, A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC Nº16 – DF e a Nova Redação dos Itens IV e V da Súmula Nº331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista eletrônica – Tribunal Superior do Trabalho**, v 77, nº1, Jan/mar 2011. p. 272.

da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)⁷³

O entendimento do item IV da súmula 331, veio do julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência nº IUJ-RR - 297751-31.1996.5.04.5555, pelo Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho⁷⁴, cujo conteúdo cumpre transcrever:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause 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.⁷⁵

⁷³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas do tribunal superior do trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 2 fev. 2017

⁷⁴ PIMENTA, José Roberto Freire, A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC Nº16 – DF e a Nova Redação dos Itens IV e V da Súmula Nº331 do Tribunal Superior do Trabalho . **Revista eletrônica – Tribunal Superior do Trabalho**, v 77, nº1, Jan/mar 2011. p.272.

⁷⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Recurso de Revista. **IUJ-RR - 297751-31.1996.5.04.5555**. Tribunal Pleno. Recorrente: Banco do Brasil S/A Recorrido: Maria Tereza Leite da Silva. Relator (a): Min. Milton Moura França. Brasília, 11 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=IUJ-RR%20-%20297751-31.1996.5.04.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAi5AAA&dataPublicacao=20/10/2000&localPublicacao=DJ&query=Acesso em 27 fev. 2017>>

A partir da alteração da súmula 331 do TST, as cortes trabalhistas condenavam de forma automática os entes públicos a responderem subsidiariamente pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela prestadora do serviço, apesar da celebração de contrato administrativo com a prestadora de serviço, por meio de processo licitatório nas diretrizes da Lei de Licitações.⁷⁶

A Administração Pública sentiu-se prejudicada pelas reiteradas decisões de órgãos fracionários dos tribunais trabalhistas, em razão da negativa de vigência ao artigo 71, § 1º da Lei nº 8666/93, que a isentava de responder pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela prestadora do serviço.⁷⁷

Argumentava que o Tribunal Superior do Trabalho não havia declarado a inconstitucionalidade da presente norma, por meio do incidente de inconstitucionalidade previsto nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil de 1973, assim, a decisões que não absolvessem o ente público da responsabilidade pelas obrigações trabalhista teriam considerado inconstitucional o artigo 71, §1º da Lei Licitações.⁷⁸

O resultado foram inúmeras decisões liminares e finais do Supremo Tribunal Federal em reclamações trabalhistas e em agravos regimentais em reclamações ajuizadas pela Administração Pública contra as decisões dos Tribunais Trabalhistas, que haviam lhe condenado a responder subsidiariamente, sendo as mesma invalidadas e conseqüentemente determinando o retorno do processo a tribunal de origem, para proferirem nova decisão.⁷⁹

Em decorrência dos fatos narrados, o Governo do Distrito Federal, por intermédio de seu procurador geral propôs a ação direta de constitucionalidade nº16, objetivando a declaração de constitucionalidade da norma em evidência, com intuito

⁷⁶ PIMENTA, José Roberto Freire, A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC Nº16 – DF e a Nova Redação dos Itens IV e V da Súmula Nº331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista eletrônica – Tribunal Superior do Trabalho**, v 77, nº1, Jan/mar 2011. p.272,

⁷⁷ IBIDEM

⁷⁸ IBIDEM

⁷⁹ PIMENTA, José Roberto Freire, A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC Nº16 – DF e a Nova Redação dos Itens IV e V da Súmula Nº331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista eletrônica – Tribunal Superior do Trabalho**, v 77, nº1, Jan/mar 2011. p.272

de exonerar definitivamente a Administração Pública da responsabilidade subsidiária por verbas trabalhistas.

2.2. Problemática do artigo 71, § 1º da lei nº 8666/93

A grande problemática sobre o a responsabilidade da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora do serviço, girava em torno da constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei de Licitações que vedava a transferência de qualquer encargo trabalhista pelo mero inadimplemento. A doutrina se dividia entre os defendiam a inconstitucionalidade do presente artigo por criar um privilegio ao Estado e os que defendiam a constitucionalidade do dispositivo.

Dentre as defensoras da inconstitucionalidade do dispositivo está Ilse Marcelina Bernadi Lora alegou que o artigo 71, §1º da Lei nº 8666/93 é incompatível com o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, em razão do dispositivo em evidência negar vigência ao princípio da dignidade e da valorização do trabalho, comprometendo o núcleo essencial dos direitos dos trabalhadores. Afirma que afastar a responsabilidade do Estado seria com deixar o trabalhador em desampara sem respeitar o mínimo existencial.⁸⁰

Helder Santos Amorim alegava que o dispositivo é inconstitucional por afastar a responsabilidade do Estado na restituição obrigações trabalhista não honrada pela prestadora do serviço, o que seria uma lesão econômica ao trabalhador por quem tem a obrigação de lhe proteger.⁸¹

Reane Viana Macedo⁸² defende de maneira pontual a inconstitucionalidade do dispositivo:

Na busca da verdadeira justiça, na qual trabalhadores têm seus direitos resguardados e não se fazem menores diante da irresponsabilidade de quem quer que seja, mas se fazem valer perante todos, mostrando-se mais valiosa a vida e dignidade do ser humano como trabalhador do que os cofres públicos que justamente deveria servir para oferecer qualidade de

⁸⁰ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. "Direitos fundamentais e responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços: inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93". **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, ano 33, n.60, jan./jun, 2008. p.95.

⁸¹ AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009. p.33.

⁸² MACEDO, Reane Viana. **A responsabilidade da Administração Pública pelos créditos trabalhistas na terceirização de serviços públicos**". In: LTR Suplemento. São Paulo, v. 46, n. 156, dez. 2010, p. 748

vida para os cidadãos em todos os aspectos fundamentais, como o trabalho.

Alexandre Agra Belmonte discorre que a presente norma é incompatível com a seara trabalhista, por ir contra os princípios de proteção ao crédito do trabalhador uma vez, que o salário possui natureza alimentar, conforme o artigo 100, § 1º-A da Constituição Federal.⁸³

Observa-se que todos os defensores da tese de inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei nº 8666/93 buscam defender os direitos fundamentais do trabalhador, contra um privilégio da Administração Pública.

A norma em análise é inconciliável com a Constituição Federal, por ser contrária aos princípios fundamentais da dignidade de pessoa humana, da valorização do trabalho, da função social da empresa e ordem econômica. É dever do Estado com base no interesse público primário preservar os valores fundamentais, propiciar o bem estar social, aceitar a constitucionalidade do presente dispositivo é um atentado à dignidade do trabalhador. Logo, de quem devia lhe proteger.

Dentre os defensores da tese de Constitucionalidade da norma temos Gisele Hatschbach, que defendia a compatibilidade na norma em evidência com o artigo 37, §6º da Constituição Federal, uma vez que o último trata de responsabilidade extracontratual incompatível com a responsabilização da Administração Pública por verbas trabalhistas inadimplidas por caráter contratual entre as partes.⁸⁴

Alega a inexistência de nexo de causalidade entre o dano e o Estado como responsável, pressuposto necessário para configuração de responsabilidade objetiva. Aduzia que não havia ato ou omissão do Estado quanto o dano gerado pela prestadora do serviço ao seu empregado.

Dora Maria de Oliveira Ramos defendia a tese de constitucionalidade do dispositivo pela ausência de nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo empregado e o Estado:

⁸³ BELMONTE, Alexandre Agra, Aspectos Jurídicos da Terceirização Trabalhista. **Revista eletrônica – Tribunal Superior do Trabalho**, v 74, n.4, 2008. P.38.

⁸⁴ BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. “**A responsabilidade subsidiária dos entes públicos nas terceirizações de serviços fundada no Enunciado nº 331, IV, do TST**”. In: Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, nº 66, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=40831>>. Acesso em: 12/03/2017.

a inexecução das obrigações trabalhistas pela prestadora dos serviços não estabelece relação de causa e efeito com a conduta do Poder Público. Ausente o nexo causal, pressuposto indispensável para caracterização da responsabilidade objetiva do Estado, não se cogita de sua responsabilização. O dano sofrido pelos trabalhadores da contratada não tem nexo causal com ação ou omissão antijurídica perpetrada pela Administração.

Incide na espécie, em consequência, a norma do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que isenta a responsabilidade do Estado, sendo descabida a invocação de sua inconstitucionalidade, porque não presentes os pressupostos da responsabilização objetiva do Estado.⁸⁵

Infelizmente a tese de constitucionalidade do artigo 71, §1º Lei nº 8666/93 foi adotada pela ADC nº16 do STF, contudo ela não afastou a responsabilidade do Estado pelas verbas trabalhistas, mas o litigante deve provar a conduta culposa do ente público para conseguir atribuir

2.3 Ação direta de constitucionalidade nº 16

O Governo do Distrito Federal, por meio de seu Procurador Geral propôs uma Ação Direta de Constitucionalidade, perante o STF, buscando a declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei de Licitações, por discordar do entendimento da súmula 331 do TST, que negava vigência a presente artigo, uma vez que a atribuição de reponsabilidade subsidiária dos entes públicos era pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela prestadora do serviço era automática.⁸⁶

O presente posicionamento no Tribunal Superior do Trabalho era amplamente criticado pela parcela da doutrina, em razão da lei de licitações lecionar “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento”.⁸⁷

O presente posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho era amplamente criticado por uma parcela da doutrina, em razão da Lei de Licitações lecionar que “a inadimplência do contrato, com referências aos encargos trabalhistas e fiscais e

⁸⁵ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001. p.58

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 16. ADC Nº 16/DF**. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator (a): Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2497093>>. Acesso em 25 out. 2016.

⁸⁷ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2015, p 68.

comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento”.⁸⁸

O autor em sua argumentação afirmava que o dispositivo legal havia sofrido ampla retaliação por parte dos Órgãos do Judiciário, em especial do Tribunal Superior do Trabalho, que negava vigência ao comando normativo expresso, no artigo 71, §1º da Lei Federal nº 8666/93. Nesse sentido, o TST editou a súmula 331, sendo a jurisprudência dominante, em entendimento oposto ao da norma da Lei de Licitações, responsabilizando subsidiariamente à Administração Direta, Indireta e Fundacional em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de serviço de terceiros especializados”.⁸⁹

O requerente aduziu que o entendimento ofenderia os princípios da legalidade, liberdade, o princípio da ampla defesa nas licitações públicas, e o princípio da responsabilização do Estado por meio do risco administrativo. Dessa forma, o proponente requereu uma liminar para a suspensão imediata de todas as causas com objeto no item IV da Súmula 331 do TST, até julgamento definitivo da ação proposta.⁹⁰

O Ministro Relator Cesar Peluso indeferiu a liminar devido “a complexidade da causa de pedir em que se lastreia a pretensão impede, nesse juízo prévio e sumário, que se configure a verossimilhança necessária à concessão da medida urgente.”

O presidente do Tribunal Superior do Trabalho prestou informações e informou que nenhum momento o TST declarou a inconstitucionalidade do presente dispositivo, apenas afirmou que sua aplicação em relação aos contratos de terceirização de mão de obra firmados pela Administração Pública, também é submetido à regência de outros dispositivos constitucionais e legais.⁹¹

⁸⁸ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2015, p 68.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 16. ADC Nº 16/DF. Tribunal Pleno**. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator (a): Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2497093>>. Acesso em 25 out. 2016.

⁹⁰ IBIDEM

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 16. ADC Nº 16/DF. Tribunal Pleno**. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator (a): Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de novembro de 2010. Disponível em:

O procurador geral da união, manifestou-se pela improcedência do pedido, sob argumento de não existir nos autos prova que coloque em dúvida a constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei nº 8666/93.⁹²

Em 10 de setembro de 2008 a ação foi submetida a julgamento, sendo que, após o voto do Ministro Cezar Peluso, que não conheceu a Ação Declaratória de Constitucionalidade, com base no artigo 14, inciso III da Lei Federal nº 9.868/99 para caracterizar interesse de agir por parte do legitimado a propositura de Ação direta de Constitucionalidade deve existir controvérsia judicial. O relator entendeu não existir controvérsia judicial para que objeto da ação fosse alvo de controle difuso de constitucionalidade.⁹³

Contudo o Ministro Marco Aurélio que conheceu e dava seguimento à Ação, por visualizar a multiplicação de conflitos envolvendo a matéria, entendeu que houve um tipo de declaração de constitucionalidade em branco do dispositivo da lei de licitações. Diante da complexidade do caso o Ministro Menezes Direito pediu vista dos autos.⁹⁴

2.3.1 O julgamento

Após dois anos sem nenhuma movimentação jurídica, no dia 24 de setembro de 2010 a ADC nº 16 do STF, foi posta em pauta para ser julgada pelo pleno do STF. Por maioria dos votos e nos termos do voto do ministro relator, Cesar Peluso, ação foi tida como procedente afastando qualquer tipo de arguição quanto à inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei de Licitações. Restou vencido em parte o Ministro Carlos Ayres Brito, em razão de entender apenas pela inconstitucionalidade da norma quanto à terceirização de mão de obra⁹⁵.

Cumpra transcrever a emente da decisão da ADC nº 16 do STF:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2497093>>. Acesso em 25 out. 2016.

⁹² IBIDEM

⁹³ IBIDEM

⁹⁴ IBIDEM

⁹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. 2014. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 476.

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, precedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (ADC 16 / DF - AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Relator(a):Min.CEZAR PELUSO Julgamento: 24/11/2011 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno)⁹⁶

Diante da decisão, ficou vedada, a automática responsabilização do ente público tomador do serviço, pelos débitos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora do serviço.

Afim de se adequar a Decisão do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho por meio da resolução 174/2011, a súmula 331 do TST, foi reformulada alterando a redação do item IV e acrescentou os itens V e VI, cumpre transcrever a nova redação:

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

V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação;⁹⁷

Dessa forma o TST alterou sua jurisprudência no sentido de que, para se responsabilizar a Administração Pública não basta mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviço. Atualmente é necessário provar conduta culposa por parte da tomadora pública, pelo não cumprimento das diretrizes da Lei de Licitações, seja pela deficiência ou falta de fiscalização (culpa *in*

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 16. **ADC Nº 16/DF. Tribunal Pleno**. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator (a): Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2497093>>. Acesso em 25 out. 2016.

⁹⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas do tribunal superior do trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 24 fev. 2013.

vigilando) ou pela escolha de empresa inidônea para prestadora de serviço (*culpa in eligendo*).

Vale ressaltar que a Lei nº 12.440/2011, acrescentou o artigo 642-A à CLT, assim a Justiça do Trabalho é obrigada a disponibilizar a interessados Certidão Negativa de Débito trabalhistas, com desígnio de comprovar a inexistência de débitos trabalhistas.

Desse modo preleciona o artigo 642-A da CLT:

Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

O presente ato legislativo, modificou a Lei de Licitações (8666/93), acrescentou ao artigo 27 o inciso IV, na qual diz ser necessário para a habilitação de empresas interessadas na licitação a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, bem com acresceu ao artigo 29, inciso V, a necessidade da administração exigir prova de inexistência de débitos trabalhista, por meio Certidão Negativa de Débito trabalhistas. Cumpre transcrever os presentes artigos.

Artigo 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

IV - regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

Artigo 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII- A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1o de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)⁹⁸

Pelo exposto, devido à Declaração de Constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei nº8666/93 pela ADC nº 16 do STF, o TST viu –se obrigado a alterar sua jurisprudência, assim, modificou a súmula 331 TST, agora há necessidade de se comprovar conduta culposa por parte do ente público para a ele ser atribuída responsabilidade subsidiária.

⁹⁸ BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

2.4. Responsabilidade subjetiva extracontratual da administração pública após a ADC nº 16 DO STF

O direito brasileiro, por meio do Código Civil adotou a teoria subjetiva de responsabilidade civil, que se baseia no elemento culpa, no qual é preciso demonstrar intenção dolosa, ou comportamento negligente, imprudente ou imperito com designo de lesar outrem, devendo existir nexo de causalidade entre ato ou omissão praticado com o dano.⁹⁹

Em decorrência do artigo 8º, parágrafo único da CLT autorizar a utilização do Código Civil como fonte subsidiária do direito do trabalho, a responsabilidade subjetiva do Estado nasce por uma ação ou omissão culposa, cujo resultado cause danos a terceiros, segundo os artigos 186, 187 e 927, caput, do Código Civil dos quais o conteúdo cumpre transcrever:

Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.¹⁰⁰

Contudo para gerar o dever de indenizar do Estado é necessário a observar os três requisitos previstos no artigo 186 do Código Civil, as quais são conduta culposa do agente, nexo de causalidade e dano.

Elpídio Donizetti¹⁰¹ leciona que para a configuração responsabilidade subjetiva é necessário:

que o sujeito pratique ato contrário a direito, com dolo e culpa; que esse ato cause um dano a uma terceira pessoa, seja ele material ou moral. Deve, ainda, haver uma relação de causalidade, ou seja, ato contrário ao direito deve necessariamente ser a causa do dano.

⁹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil volume 5**, 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.580

¹⁰⁰ BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.

¹⁰¹ DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.399.

Após ADC nº 16 do STF que adotou a teoria da responsabilidade subjetiva extracontratual do Estado, nas demandas que versem sobre obrigações trabalhista inadimplidas envolvendo obreiros terceirizados, ficou estabelecido que para sua responsabilização, é necessária a configuração de conduta culposa de sua parte.

Conclui-se desta forma, que para a Administração Pública ser responsabilizada civilmente, necessário se faz a caracterização da culpa *in eligendo* e/ou culpa *in vigilando*, abaixo descritas.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 37, inciso XXI, a necessidade do Poder Público, instaurar um processo licitatório para a contratação de uma empresa especializada, da atividade que deseja descentralizar, estando assegurada a igualdade de condições a todas concorrentes, com cláusulas que estabelecem obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Caso o Estado contrate uma empresa especializada para lhe prestar serviços sem utilizar as diretrizes licitatórias estará incorrendo em culpa *in eligendo*. Todavia Mauricio Godinho Delgado afirma a Administração Pública comete culpa *in eligendo* ainda que tenha usado processo licitatório ao contratar uma empresa prestadora do serviço inidônea.¹⁰²

A Lei nº 8666/93 estabelece em seus artigos 54 §1º, 55, inciso XXII e 66, que o contrato administrativo deve em suas cláusulas definir as obrigações e responsabilidade das partes, sendo obrigação da contratada durante a execução contrato manter a prestação do serviço de forma compatível ao pactuado no processo licitatório.¹⁰³

Cumpra transcrever os presentes artigos:

Artigo 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

¹⁰² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 487.

¹⁰³ PIMENTA, José Roberto Freire, A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC Nº16 – DF e a Nova Redação dos Itens IV e V da Súmula Nº331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista eletrônica – Tribunal Superior do Trabalho**, v 77, nº1, Jan/mar 2011, p.291.

§ 1 Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

Artigo 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Artigo 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial.

A idoneidade se averigua pela possibilidade da empresa contratada, honrar o pagamento do salário dos trabalhadores, os encargos previdenciários, fiscais a partir do valor cobrado para a execução serviço, pela compatibilidade do serviço prestado com a obrigação assumida no contrato e sua margem de lucro. Outro ponto importante é verificar a sua saúde financeira, por meio dos bancos de dados dos tribunais trabalhistas e pesquisar perante as juntas comerciais dados relativos a ela.¹⁰⁴

Henrique Diniz¹⁰⁵ relata os cuidados a serem tomados na escolha da prestadora de serviço no processo licitatório:

Não se trata apenas de pesquisar perante as juntas comerciais os dados relativos à fornecedora, ou mesmo os serviços de proteção ao crédito ou banco de dados dos tribunais trabalhistas sobre o número de demandas em que aquela figura como ré, mas, também, de considerações de ordem matemático-financeira, quer dizer, analisar se os preços cobrados pela empresa fornecedora de serviços são suficientes para o pagamento dos salários dos trabalhadores que serão postos a seu serviço, acrescido dos encargos sociais e lucro dessa. Dito de outra forma, pode o tomador apurar, face aos salários médios praticados no mercado aos trabalhadores que exercem os serviços disponibilizados pela empresa fornecedora, se essa terá como arcar com os salários, encargos fiscais e previdenciários sobre os mesmos incidentes, os encargos tributários decorrentes do exercício da atividade da fornecedora, bem como sua eventual margem de lucro. Com essas considerações simples, de ordem mesmo matemática, saberá o tomador se a empresa fornecedora de serviços terceirizados é cumpridora de suas obrigações frente aos seus empregados e ao Fisco, ou não”.

No momento da contratação o ente público deve verificar a idoneidade da empresa prestadora do serviço uma vez, que se a mesma não conseguir manter o

¹⁰⁴ HINZ, Henrique Macedo. “A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e mão de obra: um enfoque multidisciplinar”. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, ano 71, n.2, maio/ago,2005. p.140-141.

¹⁰⁵ HINZ, Henrique Macedo. “A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e mão de obra: um enfoque multidisciplinar”. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, ano 71, n.2, maio/ago,2005. p.140-141.

padrão da prestação do serviço acordado no contrato administrativo, estará caracterizado culpa *in eligendo*.

Verifica-se a existência de culpa *in vigilando*, pela falta ou falha fiscalização do órgão público, sobre o correto cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora do serviço com os trabalhadores terceirizados¹⁰⁶.

Observa-se o poder-dever de fiscalizar da Administração Pública, ressalta-se ainda que mesma deve agir para evitar a configuração de culpa *in vigilando*. O dever de fiscalizar está previsto nos artigos 58, inciso III e 67, caput e §1º da Lei de Licitações e na Instrução Normativa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.¹⁰⁷

A Administração Pública para se isentar de culpa deve cumprir a diretrizes dos artigos 19-A e 34, §4º e §5º da instrução normatiza acima citada. Dentre as obrigações previstas está em verificar o pagamento o pagamento do salário dos empregados, a regularidade com a Seguridade Social, os depósitos do FGTS, fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação quando cabível, concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, realização de cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei e comprovação do encaminhamento ao Ministério do Trabalho e Emprego das informações trabalhistas exigidas pela legislação. Dessa forma não cumprindo a exigências prevista restará configurada a culpa *in vigilando* do ente público.¹⁰⁸

Logo se presente todos o requisito da responsabilidade subjetiva, a Administração Pública será obrigada a reparar o dano causado a terceiro conforme o previsto no artigo 927 do Código Civil, “Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.¹⁰⁹

¹⁰⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. 2014. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. Pg.488

¹⁰⁷ PIMENTA, José Roberto Freire, A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC Nº16 – DF e a Nova Redação dos Itens IV e V da Súmula Nº331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista eletrônica – Tribunal Superior do Trabalho**, v 77, nº1, p. 271 -301. Jan/mar 2011.

¹⁰⁸ BRASIL. **Instrução Normativa SLTI nº 02/2008**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/cjf/controle-interno/fique-por-dentro/InstrNormSLTI_02_2008.PDF/view> Acesso em: 22 fev. 2017.

¹⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 23 jan. 2013.

2.5. Parâmetros para adoção da responsabilidade objetiva pela administração pública pelas verbas trabalhistas

A solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à ADC nº 16 no ano de 2010 e tido por muitos como correta, entretanto a mesma foi tomada diante de um quadro econômico favorável, onde o número de desempregados era relativamente baixo, país vivia um auge do desenvolvimento econômico, com maior estímulo a abertura de empresas nacionais e maior grau de visibilidade internacional que incitava a entrada de empresas multinacionais em nosso país, de tal modo gerando maior grau de empregos.

Atualmente o Brasil vive uma situação de crise econômica devido à falta zelo de nossos governantes em sua administração, resultando no maior índice de desempregados já registrados na história, inclusive a Organização Internacional do Trabalho (OIT) prevê que ano de 2017 o número chegue a 13,6 milhões, sendo o índice de desemprego de 11,5% no ano de 2016 com previsão para ser mantido 12,4% em 2017 e em 2018.¹¹⁰

Nosso País detém o terceiro maior número de desempregados no mundo, atrás somente da China e da Índia, segundo o relatório a expectativa é de que a cada 3 novos desempregados no mundo um será brasileiro.

Como se não bastasse o auto nível de desemprego existente, muitos postos de trabalho têm fechado sua porta segundo uma pesquisa realizada pela Boa Vista SCPC, em 2016 o número de pedidos de falência aumentou 13% entre janeiro e outubro. Outro dado importante é sobre município de Guarulhos um dos maiores polos industriais de nosso país, e de que com base numa pesquisa realizada pela Serasa Experian o número de pedidos de falência aumentou 100% nos dez primeiros meses de 2016 em relação ao ano de 2015. Esse é nosso quadro econômico atual onde a tendência é de uma piora significativa.¹¹¹

¹¹⁰ OIT. **World Employment Social Outlook.** Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_541211.pdf. Acesso em: 15 mar. 2017

¹¹¹ LOPES, Leticia, **Número de empresas que decretaram falência subiu 100 % em 2016.** Disponível em: <<https://www.guarulhoshoje.com.br/2016/12/01/numero-de-empresas-que-decretaram-falencia-subiu-100-em-2016/>>. Acesso em 15 mar 2017.

A partir da análise do quadro econômico nacional, é possível verificar a problemática da decisão do STF na ADC nº 16. Nela restou consolidado que para atribuição de responsabilidade subsidiária do ente público haveria a necessidade de configuração de culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

A Lei de Licitações em seus artigos 27 e 29 enumera os documentos necessários para uma empresa se habilite ao processo de licitação, cumprido os requisitos de apresentação da documentação e sendo escolhida uma empresa que cumpra seus requisitos e que tenha uma saúde financeira estável, resta afastada qualquer possibilidade da existência de culpa *in eligendo* da Administração Pública. Cumpre transcrever os presentes artigos:

Artigo 27 Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I-habilitação jurídica;

II-qualificação técnica;

III- qualificação econômico-financeira;

IV–regularidade fiscal e trabalhista

V–cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 29.A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I-prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II-prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III-prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV-prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

Supondo que a empresa vencedora da licitação no início de suas atividades possui uma saúde financeira estável, esteja em dia com as obrigações trabalhista dos empregados terceirizados, mas com o período de crise vivido no Brasil ela venha passando por dificuldades financeiras mais nada que afete o cumprimento as obrigações contrato Administrativo firmado entre as partes.

Posteriormente a prestadora do serviço acumula algumas dívidas com credores e vem perdendo espaço no mercado de trabalho onde seu faturamento não seja suficiente para pagar suas despesas e em decorrência disso é declarada falida. A Administração Pública sempre fiscalizou a execução do contrato sem nenhuma

falha, tendo todos os documentos necessários segundo os artigos 19-A e 34, §4º e §5º Instrução Normativa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.¹¹²

O ente público não será responsabilizado subsidiariamente, em razão de ter feito a escolha por processo licitatório, onde a empresa possuía boa saúde econômica e cumpria os demais requisitos da Lei de licitações e não concorreu em culpa in vigilando ter fiscalizado a execução do contrato. Restará aos empregados terceirizados entrarem com uma reclamação trabalhista na justiça do trabalho pleiteando as verbas devidas e se habilitarem para receber o crédito no processo de falência na empresa prestadora, um processo que pode levar algum tempo que o trabalhador não tem.

Quanto à Administração Pública romperá o contrato com base nos artigos 77 e 78, inciso IX da Lei nº 8666/93 e abrirá novo processo licitatório para contratar uma nova tomadora do serviço. Cumpre transcrever o conteúdo dos dispositivos citados:

Artigo 77 A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Artigo 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

Pela situação narrada resta visível as consequências da adoção da responsabilidade subjetiva extracontratual quanto à responsabilidade da Administração Pública pelas verbas trabalhistas dos terceirizados. Seria melhor para o trabalhador se o STF tivesse adotado a responsabilidade objetiva do Estado.

O Primeiro argumento para a adoção da responsabilidade objetiva do Estado é o artigo 37, §6º da Constituição Federal que dispõem 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.

Para Dora Maria de Oliveira Ramos a palavra “agente público” inclui os particulares que prestam serviços a Administração Pública, assim aglomerando o trabalhador terceirizado prestador de serviço ao ente público.¹¹³

¹¹²BRASIL. **Instrução Normativa SLTI nº 02/2008.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/cjf/control-interno/fique-por-dentro/InstrNormSLTI_02_2008.PDF/view> Acesso em: 22 fev. 2017

Vale ressaltar que o Estado com base nessa teoria não responde só quando o dano é causado diretamente por ele, mas também indiretamente pelo o dano do terceiro contratado desde que sua atividade crie uma situação propicia dano a outrem, o ente público não pode se eximir de sua responsabilidade por ato ou omissão de terceiro contratado.¹¹⁴

Rodrigo Pamplona Filho defende a utilização da responsabilidade objetiva do Estado na terceirização na Administração Pública:

Ao aceitar tal posicionamento, vemo-nos obrigados a reconhecer o seguinte paradoxo: o empregador pela atividade exercida responderia objetivamente pelos danos por si causados, mas em relação a seus empregadores, por causa de danos causados justamente pelo exercício da mesma atividade que atraiu a responsabilidade objetiva, teria um direito de responde subjetivamente... Desculpe-nos, mas é demais para nosso fígado.¹¹⁵

Patrícia Pinheiro e Silva alega que “ao terceirizar serviços que, a princípio, lhe caberia prestar, o Estado cria a situação jurídica que ensejou, ainda que de forma mediata, a prestação laboral sem a devida contraprestação.¹¹⁶ Logo, assumindo o risco por ela.

Outra justificativa para adoção da responsabilidade objetiva e adoção da teoria do risco-proveito presente no artigo 927, parágrafo único Código Civil, que é adotada casos em que o risco advém de uma situação lucrativa para umas das partes, significa que ele cria risco a outra pessoa devido atividade exercida por ela. Cumpre transcrever o presente dispositivo:

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Cesar Peluso entende que o risco “deve ser inerente à atividade e não resultar do específico comportamento do agente”. Quando a “potencialidade danosa

¹¹³ Ramos, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTR, 2001, p 150.

¹¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p 1019

¹¹⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Questões controvertidas do novo código civil**. São Paulo: método, 2003, p 252

¹¹⁶ SILVA, Patrícia Pinheiro. “Terceirização nos Serviços Públicos”. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, ano 2011, vol 77, n.1, jan./mar, 2011. p.121.

intrínseca do que seja atividade organizada e não eventual ou esporádica, diferente, mais ainda, de um casual ato praticado”.¹¹⁷

No caso da terceirização, um ente público contrata um terceiro para prestar-lhe o serviço pois é um serviço mais barato e menos oneroso, assim se beneficia da força de trabalho dos obreiros terceirizados, motivo pelo qual não pode se esquivar da responsabilidade de danos a esses trabalhadores que a prestadora do serviço causar, tendo que responder objetivamente e de forma subsidiária pelas verbas devidas aos terceirizados.

Uma das defensoras da presente é Alice Monteiro de Barros segundo qual:

O responsável subsidiariamente deverá arcar, em regra, com o pagamento de todas as parcelas que sejam, inicialmente, de responsabilidade do devedor principal. Ainda que ausente a culpa, sua posição assemelha-se à do fiador ou do avalista; não tendo havido o adimplemento da obrigação pelo devedor principal, incide, automaticamente, e sem quaisquer restrições, a plena responsabilidade daquele que, em última análise, figura na relação jurídica única e exclusivamente para garantir a integral satisfação de credor.¹¹⁸

Um parâmetro forte que sustenta a utilização da responsabilidade objetiva do Estado são os enunciados 38, 446 e 448 da Jornada de Direito Civil. O enunciado 38 prevê que se aplica a responsabilidade objetiva quando a atividade risco desenvolvida pelo agente causar dano a terceiro maior do que a demais membros da coletividade, assim, é aplicável ao empregado terceirizado deixou de receber sua contraprestação do serviço prestado da empresa contratante, cobrar do ente público, pois seu prejuízo é maior do que os demais trabalhadores. Cumpre transcrever o presente dispositivo:

38 – Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.¹¹⁹

O enunciado 446 ensina que para se atribuir responsabilidade objetiva deve se levar em conta a proteção da vítima, mas também a proteção do interesse da Sociedade. A parte final do dispositivo considera a prevenção do interesse da sociedade, que seria o Estado com base nos princípios fundamentais da dignidade

¹¹⁷ PELUSO, Cezar, **Código Civil Comentado**, 9. ed. Barueri. Manole. p 883.

¹¹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.p 456

¹¹⁹BRASIL. **Enunciados da I jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-dedireito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>> Acesso em: 22 fev. 2017

da pessoa humana e no valor social do trabalho responder objetivamente, afim de atingir satisfazer o bem estar social da População. Interessante transcrever o conteúdo do presente enunciado:

446.-. A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade.¹²⁰

Sobre deveres do Estado Gilmar Ferreira Mendes dispõem que o Estado tem a obrigação de “proteger o indivíduo contra-ataques de terceiros mediante adoção de diversas medidas” com o dever de evitar riscos.¹²¹

Por último o enunciado 448 da V Jornada de direito civil que aduz que se aplica a responsabilidade objetiva à atividade rotineira, realiza sem defeito e não essencialmente perigosa que induza um risco diferenciado a direito de outrem. Cumpre transcrever o presente dispositivo:

448 – Art. 927: A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência.¹²²

O risco especial nas demandas trabalhista envolvendo a terceirização na Administração Pública seria o fato da falência da prestadora do serviço que em decorrência da crise econômica vivida pelo país tem uma alta possibilidade disso, acontecer conforme foi narrado acima.

Ilse Marcelina Bernadi Lora entende que sempre o tomador deve responder objetivamente mesmo sendo um ente público, com argumento que mesmo a terceirização sendo um direito reconhecido às empresas por força do princípio constitucional da livre iniciativa e livre concorrência, não lhe é dado o direito de abusar desse direito com base no artigo 187 do Código Civil, uma vez que contratam empresa inidônea sem possibilidade de honrar os encargos trabalhistas na execução do contrato, onde o tomador se beneficia da força de trabalho do

¹²⁰BRASIL. **Enunciados da V jornada de Direito Civil.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf/view>> Acesso em: 22 fev. 2017

¹²¹ Mendes, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade** – estudo de Direito constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p 14

¹²²BRASIL. **Enunciados da V jornada de Direito Civil.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf/view>> Acesso em: 22 fev. 2017

trabalhador e enquanto há inadimplência de verbas pretende se eximir da responsabilidade sobre as mesmas.¹²³

Por fim artigo 2º caput da CLT leciona que o risco das atividades econômicas é do empregador e não do empregado, diante disso caem por terra os fundamentos para a utilização da responsabilidade Subjetiva.

Artigo 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.

Admitir o a utilização da responsabilidade subjetiva, estaria transferindo a empregado parte mais fraca da relação jurídica o risco da atividade econômica, assim o privando das contraprestações devidas pela utilização de sua mão de obra.

Uma crítica à atribuição de responsabilidade subsidiária ao Ente Público é o privilegio da necessidade da configuração de culpa por parte desse, conforme o item V do súmula 331 do TST, enquanto a responsabilização do tomador privado e automática sem necessidade de configuração de culpa sua responsabilização é direta com base no item IV da Súmula 331 do TST. O Estado não deveria legislar para criar benefícios para si, muito menos exigir sempre uma atitude moral e lícita do particular enquanto age de caráter imoral ao criar regalias para si, uma clara violação princípio da isonomia previsto no artigo 5º, caput da Constituição Federal, cujo conteúdo cumpre transcrever:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido- se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, á segurança e à propriedade.

A Constituição Federal em seu artigo 5º inciso III diz “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, então porque expor o obreiro a uma situação degradante quando a impossibilidade de responsabilização da Administração Pública pelo pagamento da verbas rescisórias não adimplidas pela prestadora de serviço. Vale ressaltar a situação de hipossuficiência dos trabalhadores muitos necessitam do salário em dia para pagar as despesas da casa, não tendo recebido a contraprestação eles ficam a margem da sociedade.

Vale transcrever a advertência de José Martins Catharino:

¹²³ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. “Direitos fundamentais e responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços: inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93”. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, ano 33, n. 60, jan./jun, 2008. p.105.

O Estado, em evolução democrática, está integrado e sujeito à ordem jurídica, autônoma e heterônoma: the State is Subject of the law. Se legislar para proteger os trabalhadores, obediente ao princípio da igualdade jurídica, tratando sujeitos desigualmente na medida em que se desigalam, ele próprio, para preservar normalmente sua autoridade, deve autolimitar seu poder de império, sujeitando-se à ordem jurídica, da qual é o principal agente. Não deve conceder privilégios a si próprio, fazendo e agindo em sentido contrário ou diverso do exigido pela 'ordem pública', ou pelo 'interesse público', atendidos, uma e outro, pela legislação imperativa ou cogente do trabalho, destinada a proteger o trabalhador, por definição, pessoa humana economicamente fraca. O Estado não agir como exige que os particulares ajam é imoral e juridicamente subversivo ¹²⁴

Pelo exposto, verifica-se que a adoção da responsabilidade objetiva é mais vantajosa para o empregado terceirizado, justa perante a sociedade devido o interesse público primário, que a teoria do risco- proveito assegura o princípio de proteção ao trabalhador sem deixar o mesmo à mercê da sociedade. A utilização da responsabilidade subjetiva além de ofender a Constituição Federal e Código Civil, retira do empregado terceirizado o direito de suas verbas trabalhista que possuem caráter alimentar e prejudica o desenvolvimento da sua família e o desenvolvimento social.

¹²⁴ CATHARINO, José Martins *apud* LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 284

3. PANORAMA JURISPRUDENCIAL ATUAL SOBRE A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas quanto à responsabilidade da Administração Públicas pelas Verbas Trabalhistas

Neste capítulo serão analisadas as jurisprudências dos Tribunais Trabalhistas sobre a responsabilidade das verbas rescisórias dos trabalhadores terceirizados após a ADC nº 16 do STF.

Verifica-se abaixo o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro quando do julgado do recurso ordinário nº 0010599-34.2014.5.01.0202.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. O reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público não implica afronta ao artigo 97 da CRFB/88, nem à Súmula Vinculante nº 10 ou à decisão na ADC nº 16, ambas do E.STF, uma vez que não se funda na declaração de inconstitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, ou mesmo afasta a sua incidência, mas, sim, no reconhecimento da responsabilidade do ente público pela culpa in vigilando, com observância, ainda, aos princípios da valorização do trabalho e da livre iniciativa, assim como a dignidade da pessoa humana.¹²⁵

O Município de Duque de Caxias no presente recurso ordinária, alegou que a responsabilidade subsidiária que lhe foi atribuída deveria ser afastada, devido à declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei nº 8666/93 e a ausência de previsão legal no Código Civil que lhe atribuísse o presente ônus.

O relator negou seguimento ao recurso aduzindo que apesar do STF ter declarado a constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei nº 8666/93, o mesmo não impedia a responsabilização do ente público.

Asseverou, ainda, que o mero inadimplemento das verbas rescisórias, não geraria, por si só, a responsabilização do tomador público, sendo necessária a verificação da existência de culpa pela ausência de fiscalização do contrato

¹²⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 0010599-34.2014.5.01.0202**. Terceira Turma. Recorrente: Município de Duque de Caxias. Recorrido: Tiago de Azevedo Bonfim e Infornova Ambiental LTDA . Relator (a): Desembargador Angelo Galvão Zamoran. Rio de Janeiro, 5 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/665705/00105993420145010202-DOERJ-21-09-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search="Responsabilidade Subsidiaria" "ente publico"&themepath=PortalTRT1/](http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/665705/00105993420145010202-DOERJ-21-09-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search=)>. Acesso em: 15 fev. 2017.

administrativo, assim caracterizando culpa *in vigilando*, aludindo que o item V da Súmula 331 do TST e ressalto que a própria Lei de licitações em seus artigos 58, inciso III, e 67 prevê a necessidade de fiscalização.

Cumpra transcrever o conteúdo da Súmula 331 item V do TST bem como os artigos 58, inciso III, e 67 da Lei de Licitação:

SÚMULA Nº 331 DO TST

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”

“Artigo 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

III - fiscalizar-lhes a execução;

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

Em seguida, na parte final de sua decisão, apontou que a tomadora pública não cumpriu sua obrigação de fiscalizar a prestadora do serviço quanto o cumprimento das obrigações trabalhista dos empregados. Concluiu, afirmando que a recorrente não comprovou a efetiva fiscalização do contrato cujo ônus lhe pertencia conforme consolidado pelas Súmulas nº 41 e 43 do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro seguir transcritas:

SÚMULA Nº 41. Responsabilidade subsidiária do ente da Administração Pública. Prova da culpa. (artigos 29, VII, 58, 67 e 78, VII, da lei 8.666/93.) Recai sobre o ente da Administração Pública que se beneficiou da mão de obra terceirizada a prova da efetiva fiscalização do contrato de prestação de serviços.

SÚMULA Nº 43. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública. A constitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei 8.666/93, declarada pelo STF no julgamento da ADC nº 16, por si só, não afasta a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, quando esta decorre da falta de fiscalização.¹²⁶

¹²⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 0010599-34.2014.5.01.0202**. Terceira Turma. Recorrente: Município de Duque de Caxias. Recorrido: Tiago de Azevedo Bonfim e Infornova Ambiental LTDA. Relator (a): Desembargador Angelo Galvão Zamoran. Rio de Janeiro, 5 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/665705/00105993420145010202-DOERJ-21-09-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search="Responsabilidade Subsidiaria" "ente publico"&themepath=PortalTRT1/](http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/665705/00105993420145010202-DOERJ-21-09-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search=)>. Acesso em: 15 fev. 2017.

Desta forma o voto do relator foi seguido pelos outros membros da 3ª turma e o Município de Duque de Caxias teve seu recurso conhecido e desprovido mantendo sua condenação subsidiária quanto às verbas rescisórias pelos motivos acima.

O Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro tem mantido esse entendimento conforme se verifica pela jurisprudência a seguir:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTE PÚBLICO – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, a teor da nova redação da Súmula n 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, com os acréscimos dos itens V e VI, abrange todas as parcelas decorrentes do contrato de trabalho, de natureza salarial e/ou indenizatória, uma vez que não comprovada a efetiva fiscalização do Estado na atuação da empresa fornecedora de serviços (item IV, da Súmula nº331, do C.TST), não se podendo falar que fica afastada a conduta culposa do ente público.¹²⁷

Resta pacificado que para o Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro, o ente público só poderá ser responsabilizado subsidiariamente quando existir culpa in vigilando pela não fiscalização do contrato administrativo.

Passamos agora para a análise da jurisprudência do Tribunal Regional de São Paulo, com base no recurso ordinário nº 1000857-48.2013.5.02.0242:

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TOMADORA DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF o STF decidiu pela constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993, o que impede a responsabilização subsidiária da Administração Pública na condição de tomadora de serviços face a mera inadimplência do prestador de serviços quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato¹²⁸.

Trata-se de um recurso ordinário interposto pela a reclamante, no qual se pleiteia a atribuição de responsabilidade subsidiária ao Município de Cotia, com base na Súmula 331, item V, em razão, de estar provado nos autos a culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando* do tomador do serviço.

¹²⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 0010444-77.2013.5.01.0004**. Primeira Turma. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro – PGE. Recorridos: Dilma Soares Freitas e Infornova Ambiental Ltda. Relator (a): Desembargadora Mery Bucker Caminha. Rio de Janeiro, 21 de Setembro de 2015. Disponível em: <[http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/647443/00104447720135010004-DOERJ-07-07-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search="Responsabilidade Subsidiaria" "ente publico"&themepath=PortalTRT1/>](http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/647443/00104447720135010004-DOERJ-07-07-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search=). Acesso em: 15 fev. 2017.

¹²⁸ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 1000857-49.2013.5.02.0242**. Decima Segunda Turma. Recorrente: Claudete Maria da Silva Moraes Recorridos: Capital Servicos de Vigilancia e Seguranca Ltda e Prefeitura do Municipio de Cotia. Relator (a): Desembargador Marcelo Feire Gonçalves. São Paulo, 21 de Setembro de 2015. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=default&docId=ba0e022d672abdaa30edcdc7409b3cd2f81c393b&fieldName=Documento&extension=html#q=responsabilidade%20subsidia%20ente%20publico>. Acesso em: 15 fev. 2017.

No presente processo o Ministério Público do Trabalho de São Paulo emitiu um parecer favorável à atribuição de responsabilidade subsidiária ao Município.

Todavia, o desembargador relator entendeu pela impossibilidade de responsabilizar o 2ª Reclamado, a Prefeitura do Município de Cotia, por não estar provado nos autos que o mesmo concorreu em culpa *in vigilando* e que o mero inadimplemento trabalhista não é suficiente para sua responsabilização. Ressaltou que não houve a existência de culpa *in eligendo*, em razão da ocorrência do processo licitatório para a contratação da empresa prestadora do serviço.

Cumprido transcrever a análise do presente caso feita pelo desembargador relator:

A alegação da Reclamante é genérica, sem especificar a conduta culposa do ente público. Ora, para que se reconheça a culpa é imprescindível o apontamento da conduta culposa, delimitando em quais atos ela se revelou. A simples referência à conduta omissiva, sem qualquer detalhamento, não é suficiente para tal mister. O autor pretende que se imponha responsabilidade subsidiária do ente público pelo simples descumprimento das obrigações trabalhistas pela 1ª Reclamada, não havendo qualquer manifestação acerca dos fatos que demonstrariam a culpa daquele, uma vez que o reclamante nem ao menos os descreveu. Não haveria que se falar em responsabilidade do ente público ainda que se quisesse discutir a questão. Caso assim se decidisse restaria afrontada a decisão do Pretório Excelso, que, ao declarar constitucional o dispositivo da Lei de Licitações, pretendeu dar fim a responsabilização subsidiária dos entes públicos decorrente do mero descumprimento de obrigações trabalhistas pelas prestadoras de serviço terceirizadas¹²⁹.

Diante do exposto, o recurso foi conhecido e desprovido, com base na Súmula 331, item V do TST, em razão da não configuração de culpa do ente público por mero inadimplemento das verbas trabalhistas.

Em seguida passaremos à análise da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, com base no Acórdão de RO nº 00787-2015-096-03-00-1.

EMENTA: RESPONSABILIDADE DOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Nos termos do item V da Súmula 331 do TST, "os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem

¹²⁹ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 1000857-49.2013.5.02.0242**. Decima Segunda Turma. Recorrente: Claudete Maria da Silva Moraes Recorridos: Capital Servicos de Vigilancia e Seguranca Ltda e Prefeitura do Municipio de Cotia. Relator (a): Desembargador Marcelo Feire Gonçalves. São Paulo, 21 de Setembro de 2015. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=default&docId=ba0e022d672abda30edcdc7409b3cd2f81c393b&fieldName=Documento&extension=html#q=responsabilidade%20subsidia%20ente%20publico>> Acesso em: 15 fev. 2017.

subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente e contratada¹³⁰.

Em exame o recurso ordinário interposto pelo Município de Unaí, no qual se insurge contra a sentença que lhe atribuiu responsabilidade subsidiária na relação processual. A Procuradoria Regional do Trabalho se manifestou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

O relator sustentou que o recorrente firmou contrato de prestação de serviços com a empresa Flavio Alves Oliveira-ME, onde se responsabilizava de forma subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas dos empregados com base no artigo 37, § 6º da Constituição Federal cujo conteúdo cumpre transcrever:

Artigo.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

Apontou a existência de responsabilidade subsidiária do recorrente por ato culposo previsto nos artigos 186 e 927, caput do Código Civil, no caso culpa *in vigilando* por falta de fiscalização, compete transcrever sua alegação na íntegra sobre o fato:

Cumpra observar que a fiscalização do cumprimento do contrato de trabalho não é prerrogativa, mas obrigação da parte contratante, de tal modo que ao tomador dos serviços, além de sua responsabilidade na escolha da empresa prestadora dos serviços cabe zelar pelos trabalhadores que lhe prestam efetivos serviços, com fulcro no art. 186 do CCB, o qual sustenta a responsabilidade na culpa presumida, em suas modalidades *in eligendo* e *in vigilando*. Assim, a responsabilidade subsidiária do contratante decorre da má escolha ou má fiscalização da empresa contratada, alcançando todo e qualquer débito trabalhista inadimplido por esta na condição de

¹³⁰ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 00787-2015-096-03-00-1**. Decima Segunda Turma. Recorrente: Município de Unaí Recorridos: Gleide Pereira de Castro e Flávio Alves Oliveira – Me. Relator (a): José Murilo de Moraes. Belo Horizonte, 20 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=1244362&acesso=f4367d08f23bf32f06915099666a4640>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

empregadora dos trabalhadores que prestarem efetivo serviço ao tomador.¹³¹

Quanto à argumentação do recorrente que o artigo 71, § 1º da Lei nº 8666/93 isenta o ente público que qualquer forma de responsabilização, o relator asseverou a presente norma não o isenta, que inclusive, o presente artigo contribuiu para a consolidação do entendimento do item V da Súmula 331 do TST.

Assinalou que a norma em análise veda a transferência de encargos à Administração Pública, o que é diferente de responsabilidade subsidiária, no primeiro se exonera quem deixou de cumprir alguma obrigação, enquanto neste a Administração Pública continua responsável, uma vez que o devedor principal frustra o pagamento das verbas deferidas em litígio, cabendo ação de regresso contra o mesmo.

Afirmou, ainda, que a única diferença entre o tomador público e o particular é o fato da necessidade da configuração de culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo* do primeiro para lhe ser atribuída a responsabilização subsidiária, enquanto o segundo independe de culpa.

Compete a argumentação do Egrégio relator quanto a Súmula 331, item V:

Nesse passo, a edição do verbete sumular não consistiu usurpação de poder, tendo encerrado, isto sim, uma interpretação sistemática dos dispositivos legais concernentes à responsabilidade da Administração perante os empregados das empresas contratadas para a prestação de serviços, à luz das normas constitucionais que contemplam os valores sociais do trabalho.

E tal responsabilidade é fixada para que se amplie a base econômica em que o empregado firmará seus direitos, em atendimento ao princípio constitucional do valor social do trabalho, tanto é que sua aplicação está condicionada à indicação do tomador dos serviços para compor a relação processual, devendo também ele constar do título executivo judicial, não se olvidando que a sua condenação dependerá da inidoneidade financeira do empregador direto.

Ressalte-se que admitir a exclusão da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pelos encargos trabalhistas, na hipótese de inadimplência da efetiva empregadora, importaria em colocar os seus interesses acima daqueles dos trabalhadores que lhes tenham prestado serviços. Haveria, assim, atribuição de privilégio do capital em detrimento do trabalho humano, conduta que estaria a vulnerar os preceitos constitucionais que asseguram a dignidade da pessoa humana (art. 1º,

¹³¹ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 00787-2015-096-03-00-1**. Decima Segunda Turma. Recorrente: Município de Unaí Recorridos: Gleide Pereira de Castro e Flávio Alves Oliveira – Me. Relator (a): Desembargador José Murilo de Moraes. Belo Horizonte, 20 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=1244362&acesso=f4367d08f23bf32f06915099666a4640>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

inciso III), a valorização social do trabalho humano (art. 1º, inciso IV e 170, caput) e o fim social da lei (art. 5º da LINDB).¹³²

Pelo exposto, o recurso foi desprovido com base na súmula 331, item V, por restar caracterizado culpa *in vigilando* da tomadora do serviço, sendo afastada a argumentação da isenção de culpa com base no artigo 71, § 1º da Lei nº 8666/93 e ainda foi apontado os princípios constitucionais que asseguram a responsabilidade da Administração Pública.

Agora em análise a jurisprudência do Tribunal Regional do Rio Grande Sul, com base no Acórdão de RO nº 0001055-50.2014.5.04.0101:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. ENTE PÚBLICO. O inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. No caso de entes integrantes da Administração Pública direta e indireta, a responsabilidade subsidiária não decorre de mero inadimplemento, devendo estar evidenciada a sua conduta culposa, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações da prestadora de serviços. O recorrente é beneficiário da força de trabalho da parte autora, razão pela qual se justifica a sua responsabilização subsidiária. Ademais, por ser responsável subsidiária, a reclamada somente terá algum ônus se houver inadimplemento dos valores decorrentes da presente ação por parte da empregadora. O tomador de serviços, ainda que integrante da Administração Pública, não encontra amparo na Lei nº 8.666/93 para exonerar-se da responsabilidade trabalhista. Aplicação da Súmula 331, itens IV e V do TST. Recurso do segundo reclamado não provido.¹³³

O Município de Pelotas assevera que o contrato de prestação de serviço com a 1ª reclamada foi feito por meio de licitação e com base no artigo 71, § 1º da Lei de Licitações, não havendo possibilidade de lhe ser atribuído responsabilidade subsidiária e que a sentença contraria o entendimento consolidado na Súmula 331 do TST.

Vale transcrever o entendimento do Relator sobre a responsabilidade subsidiária:

¹³² MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 00787-2015-096-03-00-1**. Decima Segunda Turma. Recorrente: Município de Unaí Recorridos: Gleide Pereira de Castro e Flávio Alves Oliveira – Me. Relator (a): Desembargador José Murilo de Moraes. Belo Horizonte, 20 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=1244362&acesso=f4367d08f23bf32f06915099666a4640>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

¹³³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 00787-2015-096-03-00-1**. Decima Segunda Turma. Recorrente: Município de Pelotas Recorridos: João Luis Melquiades Correa e Costa & Amaral Administração de Serviços Ltda. Relator (a): Desembargador Francisco Rossal de Araújo. Porto Alegre, 28 de março de 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/d55801340-20170220141322.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços decorre principalmente do benefício auferido com o labor prestado pelo obreiro. Fundamenta-se no dever de cuidado na escolha da prestadora dos serviços, assim como no dever de zelo pela boa e correta execução do contrato por parte da empresa escolhida.¹³⁴

Em relação à alegação que o artigo da lei de licitações isenta a responsabilidade do ente público, o julgador apontou que a ADC nº 16 do STF julgou constitucional seu conteúdo e ressaltou que não existe isenção de responsabilidade. Relatou que a presente ação direta de constitucionalidade alterou o item IV da Súmula 331 e acrescentou os itens V e VI, assim, ficou consolidado que para a responsabilização seria necessária a configuração de culpa, seja pela má fiscalização, seja pela má escolha.

Logo, é visível que não havia qualquer tipo de violação ao artigo 71, § 1º da lei de Licitações, quanto ao ônus da prova entendeu que o tomador do serviço e que deve se incumbir de provar que não agiu com culpa durante o contrato, conforme o princípio da aptidão de prova. Advertiu que não seria razoável incumbir o empregado de comprovar a culpa da tomadora, devido à inaptidão de possuir meio probatórios que comprovassem o alegado.

Cumpre transcrever o presente trecho do acórdão analisado:

Embora reste atenuada a culpa in *eligendo* do ente público face à adoção de procedimento licitatório, ao segundo reclamado (Município de Pelotas) cabe demonstrar, de forma inequívoca, que agiu com diligência na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços como empregadora, aplicando-se, no aspecto, o princípio da aptidão para a prova. Foge à razoabilidade determinar ao trabalhador, que não detém os meios de prova dos fatos relativos ao direito reivindicado, que demonstre a inexistência de fiscalização por parte do ente público. A parte apta a comprovar que empregou as diligências necessárias para a fiscalização do contrato administrativo com a prestadora de serviços é o próprio ente público, que deveria ter trazido aos autos, no momento oportuno, todos os elementos que entendesse necessários ao julgamento da lide.¹³⁵

Anuiu que na demanda em análise o reclamado não apresentou provas, que comprovassem a efetiva fiscalização, como forma de evitar prejuízos ao obreiro.

¹³⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 00787-2015-096-03-00-1**. Decima Segunda Turma. Recorrente: Município de Pelotas. Recorridos: João Luis Melquiades Correa e Costa & Amaral Administração de Serviços Ltda. Relator (a): Desembargador Francisco Rossal de Araújo. Porto Alegre, 28 de março de 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/d55801340-20170220141322.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

¹³⁵ IBIDEM

Dessa maneira, configura-se culpa *in vigilando*. Assinala que o artigo 67 da Lei nº 8666/93, expõe que a obrigação contratual não termina com o objeto imediato, existindo outras obrigações acessórias, entre elas o dever de fiscalizar se a empresa contratada está cumprindo todas as cláusulas do contrato, ou seja, adimplindo as obrigações trabalhista de seus trabalhadores.

Em nenhum momento se negou vigência ao artigo 71, e sim se fez uma análise sistemática da lei de licitações, cujo conteúdo determina o dever de fiscalização na execução do contrato em sua totalidade pelos entes públicos.

Diante do exposto, pelo princípio da aptidão de provas e pelos artigos já supracitados e pela ausência de prova que levasse ao entendimento contrário, conferiu-se que não havia violação ao artigo 71, § 1º da Lei de Licitações, que a decisão de primeiro grau estava em harmonia com a decisão do STF, havendo ocorrência de culpa *in vigilando* pela tomadora, atraindo, assim, a incidência do item V da Súmula 331 do TST e conseqüentemente sua condenação a responder subsidiariamente.

O ente público responde subsidiariamente pela integralidade das verbas rescisórias, durante a prestação laboral do obreiro terceirizado, inclusive sobre as multas dos artigos 467 e 477 da CLT, com forme preceitua o item VI da Sumula 331 do TST.

Prontamente passaremos à análise a jurisprudência do Tribunal Regional do Paraná, com base no Acórdão de RO nº 00863-2015-671-09-00-9:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO COMPROVADO. A Administração Pública Direta e Indireta, quando da celebração de contratos administrativos, tem o poder-dever de fiscalização (arts. 67 e 58, III, Lei n.º 8.666/93), devendo acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, o que a autoriza a exigir que a contratada esteja em dia com suas obrigações, sob pena de também ser responsabilizada. Devidamente comprovada a regular fiscalização por meio de documentos, não há como se atribuir a responsabilidade subsidiária pelos créditos da autora ao município. Sentença que se reforma.¹³⁶

¹³⁶ PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 00863-2015-671-09-00-9**. Sexta Turma. Recorrente: Município de Telemaco Borba e recorridos: Julio Cesar Alencar de Souza, Prontidão - Segurança e Vigilância Ltda. e Destak Segurança e Vigilância Ltda. - Epp. Relator (a): Desembargador Francisco Roberto Ermel. Curitiba 26 de outubro de 2016. Disponível em: < file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/acordao-863-2015-671.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017

O presente recurso foi interposto pelo Município Telêmaco Borba visando a cassação da decisão de primeiro grau que lhe atribuiu responsabilidade subsidiária, alegou que não existia previsão legal na Lei de Licitações e na súmula 331 do TST para sua responsabilização, complementou afirmando que não havia provas nos autos que comprovassem sua culpa na fiscalização do contrato administrativo, sendo esse ônus probatório do reclamante.

O emérito Relator asseverou a presente demanda não versava sobre a responsabilidade objetiva do Estado prevista no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, por se tratar de uma obrigação extracontratual, bem como não havia dano a terceiro causado por ato ou omissão de agentes públicos.

Em relação a arguição de não existência de óbice na súmula 331 para a imputação da responsabilização do ente público, o colegiado julgador ressaltou que em decorrência da ADC nº 16 do STF, ficou entendido que o artigo 71, § 1º da Lei de Licitações não vedava a responsabilização subsidiária do ente e em decorrência disso foram acrescentados o item V e VI na presente súmula.

Desta forma resta consolidado que para conferir responsabilidade subsidiária à Administração Pública seria necessária a configuração de conduta culposa por ela. Verifica-se a existência de culpa no caso pela ausência de fiscalização do contrato administrativo e pela falta de verificação do cumprimento das obrigações trabalhistas dos terceirizados. Vale inferir que o poder dever de fiscalizar está esculpido no artigo 67 da Lei de Licitações.

Sobre o argumento de que seria do reclamante o ônus de provar a culpa na fiscalização do serviço prestado, a Turma julgadora fixou entendimento que para se eximir da responsabilidade de futuras verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora do serviço o ente público, deveria sim, produzir provas que comprovassem sua fiscalização do contrato. Cumpre transcrever o presente trecho do acórdão sobre ônus da prova:

Por sua vez, entende esta E. Turma que, para se eximir do dever de responder subsidiariamente por obrigações trabalhistas, compete à tomadora de serviços (ente público) o dever de produzir prova da fiscalização dos contratos, sendo que as condenações subsidiárias de órgãos e entes públicos têm sido afastadas quando comprovado que a Administração atuou eficaz e tempestivamente nas relações trabalhistas de seus prestadores de serviço, fiscalizando de antemão as condições de jornada e de trabalho conduzidas pela prestadora, assim como a forma de

adimplemento salarial e demais encargos, tomando em conta todas as regras legais e convencionais atinentes à categoria do empregado.¹³⁷

A decisão de primeiro grau somente foi reformada pelo conjunto probatório dos autos, onde restou comprovado por inúmeros documentos a fiscalização tempestiva e regular da tomadora quanto o cumprimento das obrigações trabalhistas dos empregados. Abaixo o trecho do acórdão, no qual foi comprovado a inexistência de culpa por parte do recorrente:

Desta forma, cumpre analisar se, do conjunto fático probatório carreado aos autos, pode se inferir que o município efetivamente cumpria com seus deveres de contratação regular e fiscalização do contrato firmado por meio de atividade licitatória. E, no caso em tela, a resposta é positiva. Foi juntada vasta documentação pelo ente público (fls. 138/461) que comprova a fiscalização por ele perpetrada. Cito, como exemplos, os seguintes documentos: fls. 139/142: ata de registro de preços tendo como contratada a segunda ré; fl. 148: "checklist para acompanhamento de regularidades", emitido em 09/01/2015; fl. 151: "relatório de atividade da empresa de segurança"; fl. 153: controle de horas dos funcionários da segunda ré; fl. 161: ficha de registro do autor como empregado; fls. 162/164: CTPS do reclamante; fl. 165: certificado de participação do curso de formação de vigilantes em nome do autor; fl. 171: relatório analítico da GRF; fls. 172/173: relatório de compensações da empresa Destak; fls. 174/176: guias da previdência social, em nome da ré Destak, pagas; fls. 177/178: guia de recolhimento do FTGS e comprovante de pagamento; fl. 179: certidão positiva com efeito de negativa da segunda ré; 180: certidão negativa da empresa Destak, válida até 25/12/2014; fl. 181: certidão conjunta positiva com efeitos de negativa de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da União, em nome da segunda ré, com validade até 23/02/2015; fl. 182: certificado de regularidade do FGTS - CRF da empresa Destak, com validade até 16/12/2014; fl. 183: certidão negativa de débitos relativos às contribuições previdenciárias e às de terceiros válida até 23/02/2015, em nome da ré Destak; fl. 184: certidão positiva de débitos trabalhistas com efeito de negativa da segunda reclamada, válida até 23/02/2015; fls. 191/201: documentos do ministério do trabalho e emprego e do ministério da fazenda relativos à segunda ré, constando informações como contribuições a recolher à previdência e relação dos trabalhadores; fls. 212: declaração do município afirmando que a relação de funcionários confere com a informada pela empresa Destak; fl. 220 e 443: "checklist para acompanhamento de regularidades" emitidos em 03/03/2015 e 27/01/2015; fl. 251: certidão positiva com efeito de negativa da segunda ré, válida até 21/04/2015.¹³⁸

Vale ressaltar que a reforma da decisão foi possível pelo o fato do recurso ser o recurso ordinário, cujo o efeito devolutivo em profundidade devolve todas as matérias da demanda e permite a análise de fatos e provas, caso fosse um recurso

¹³⁷ PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 00863-2015-671-09-00-9**. Sexta Turma. Recorrente: Município de Telemaco Borba e recorridos: Julio Cesar Alencar de Souza, Prontidão - Segurança e Vigilância Ltda. e Destak Segurança e Vigilância Ltda. - Epp. Relator (a): Desembargador Francisco Roberto Ermel. Curitiba 26 de outubro de 2016. Disponível em: < file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/acordao-863-2015-671.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017

¹³⁸ IBIDEM

de revista, provavelmente o recorrente não obteria êxito na reforma do julgado, uma vez que suas alegações foram genéricas, e as alegações de contrariedade à súmula 331 do TST não prevaleceriam diante da impossibilidade de reanálise de fatos e provas e o recurso seria desprovido.

Agora em análise à jurisprudência do Tribunal Regional do Distrito Federal, com base no Acórdão de RO nº 0000674-31.2015.5.10.0007:

EMENTA: RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A responsabilização da administração pública pode ser objetiva ou subjetiva. O Supremo Tribunal Federal, na ADC 16, afirmou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, afastando a responsabilização objetiva. Contudo, deixou clara a possibilidade de responsabilização subjetiva. Diante da presença dos elementos que caracterizam a responsabilidade subjetiva da tomadora, esta responde subsidiariamente pela condenação imposta à prestadora de serviços. Recurso conhecido e provido.¹³⁹

Cuida-se de um recurso ordinário interposto pelo reclamante, cuja finalidade era a reforma da decisão de primeiro grau que isentou a Câmara dos Deputados da responsabilidade subsidiária pelas o as verbas trabalhista do reclamante. O Ministério Público do Trabalho manifestou- se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Em suas razões recursais o recorrente afirmou que a ADC nº 16 do STF, bem como a súmula 331 do TST, autorizavam a responsabilidade do tomador de serviço uma vez, presente a configuração de culpa *in vigilando* e *eligendo*.

A recorrida relatou que efetuou a fiscalização dos encargos trabalhista do recorrente, tendo atendido todas a medidas legais e gerencias na escolha da prestadora do serviço, por meio de ofícios, certidões e guias previdenciárias e do FGTS. Afirmou que incumbe ao autor provar o alegado conforme o disposto no artigo 818 da CLT.

O colegiado julgador optou em utilizar o critério de repartição do ônus pela maior aptidão para a produção da prova, previsto no artigo 375 do Código de

¹³⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 00787-2015-096-03-00-1**. Terceira Turma. Recorrente: Jorge Eduardo Macedo de Matos. Recorridos: Santa Helena Segurança Total e União Federal (Câmara dos Deputados). Relator (a): Antonio Umberto de Souza Junior. Brasília 28 de março de 2017. Disponível em: < https://www.trt10.jus.br/?mod=ponte.php&ori=ini&pag=juris_segunda&path=servicos/consweb/juris_segunda_instancia.php>. Acesso em: 15 fev. 2017.

Processo Civil de 2015, em virtude do trabalhador não possuir acesso aos documentos trocados entre prestadora de serviço e tomadora. Por isso é necessário a produção de prova robusta pelo ente público para sua isenção de culpa.

O órgão julgador justificou a utilização do presente critério, por meio da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, cuja a emente cumpre transcrever:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. No julgamento da ADC 16, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ressaltou a possibilidade de a Justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a culpa in vigilando da Administração Pública e, ante isso, atribuir responsabilidade ao ente público pelas obrigações, inclusive trabalhistas, inobservadas pelo contratado. A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos artigos 58, III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Partindo dessas premissas, compete ao ente público, quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em Lei, sob pena de restar caracterizada a culpa in vigilando da Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever de fiscalização da execução do contrato administrativo. Conforme ficou consignado no acórdão embargado, verificou-se, no caso concreto, a existência de culpa in vigilando. Verifica-se a conduta culposa, por omissão, da Administração Pública (culpa in vigilando), razão pela qual se atribui a responsabilidade subsidiária ao ente público, com fundamento nos artigos 186 e 927, caput, do CC, pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos. Recurso de Embargos não conhecido (TST, SDI 1, E-ED-RR 60900-56.2007.5.21.0013, REIS, DEJT 4.11.2011)¹⁴⁰

A turma afirmou que para isenção de culpa no cumprimento do contrato da tomadora além de cumprir as diretrizes exposta na lei de licitações, também é necessário observar as obrigações estabelecidas no artigo 19-A Instrução Normativa nº 2/2008 da Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão na contratação de serviço. Cumpre transcrever o artigo citado:

Artigo 19-A. Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra:
I - previsão de que os valores provisionados para o pagamento das férias, 13º salário e rescisão contratual dos trabalhadores da contratada serão

¹⁴⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 00787-2015-096-03-00-1**. Terceira Turma. Recorrente: Jorge Eduardo Macedo de Matos. Recorridos: Santa Helena Segurança Total e União Federal (Câmara dos Deputados). Relator (a): Antonio Umberto de Souza Junior. Brasília 28 de março de 2017. Disponível em: <https://www.trt10.jus.br/?mod=ponte.php&ori=ini&pag=juris_segunda&path=servicos/consweb/juris_segunda_instancia.php>. Acesso em: 15 fev. 2017.

depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no anexo VII desta Instrução Normativa, que somente será liberada para o pagamento direto dessas verbas aos trabalhadores, nas seguintes condições:

- a) parcial e anualmente, pelo valor correspondente aos 13^{os} salários, quando devidos;
 - b) parcialmente, pelo valor correspondente às férias e ao 1/3 de férias, quando dos gozos de férias dos empregados vinculados ao contrato;
 - c) parcialmente, pelo valor correspondente aos 13^{os} salários proporcionais, férias proporcionais e à indenização compensatória porventura devida sobre o FGTS, quando da demissão de empregado vinculado ao contrato;
 - d) ao final da vigência do contrato, para o pagamento das verbas rescisórias;
 - e) o saldo restante, com a execução completa do contrato, após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado;
- II - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer a retenção na fatura e o depósito direto dos valores devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS nas respectivas contas vinculadas dos trabalhadores da contratada, observada a legislação específica;
- III - previsão de que o pagamento dos salários dos empregados pela empresa contratada deverá ocorrer via depósito bancário na conta do trabalhador, de modo a possibilitar a conferência do pagamento por parte da Administração; e
- IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto na fatura e o pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas aos trabalhadores, quando houver falha no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada, até o momento da regularização, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Quanto à fiscalização, a Egrégia turma apontou a necessidade de cumprir as exigências estabelecidas no artigo 34, §4º e §5º da presente instrução normativa, cujo conteúdo cumpre transcrever:

- Artigo 34.....
- § 4º. O descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, conforme disposto nos artigos 77 e 87 da Lei 8.666 de 1993.
- § 5º. Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á [sic], dentre outras, as seguintes comprovações:
- I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas:
 - a) a prova de regularidade para com a Seguridade Social, conforme dispõe o art. 195, § 3º da Constituição Federal sob pena de rescisão contratual;
 - b) recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior, caso a Administração não esteja realizando os depósitos diretamente, conforme estabelecido no instrumento convocatório;
 - c) pagamento de salários no prazo previsto em Lei, referente ao mês anterior;
 - d) fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação quando cabível;
 - e) pagamento do 13º salário;

- f) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei;
- g) realização de exames admissionais e demissionais e periódicos, quando for o caso;
- h) eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei;
- i) comprovação do encaminhamento ao Ministério do Trabalho e Emprego das informações trabalhistas exigidas pela legislação, tais como: a RAIS e a CAGED;
- j) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho; e
- k) cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato.

Por seguinte, com base nos artigos da instrução normativa, foi verificado que os documentos juntados pela reclamada eram insuficientes para evitar danos ao obreiro, logo a fiscalização foi falha caracterizando culpa *in vigilando*.

Sobre a ineficácia das provas assim decidiu a turma julgadora:

A comprovação da efetiva fiscalização deve alcançar resultados satisfatórios, o que não se prova por meio da troca de ofícios, da exigência de certidões, da apresentação de guias de recolhimento previdenciário e do FGTS, do contrato firmado entre as reclamadas, do pagamento direto aos empregados ou contratação de empresa sucessora, estes meros meios paliativos incapazes de evitar a irregularidade trabalhista em sua totalidade.¹⁴¹

Em decorrência disso a decisão de primeiro grau foi reformada atribuindo responsabilidade subsidiária à Câmara dos Deputados. Observa-se a diferença entre as documentos apresentados pela reclamada do Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho Paraná que juntou todos os documentos exigidos pelos artigos 19-A e 34, §4º e §5º da Instrução Normativa nº 2/2008 da Secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão na contratação de serviço, com a juntada dos documentos feitas pela reclamada do Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho do Distrito Federal que não cumpriu as exigências normativas. O resultado do recurso não poderia ter sido diferente a primeira foi absolvida enquanto a segunda foi condenada.

A Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho em relação ao ônus da prova sobre a comprovação da fiscalização do contrato administrativo, não é pacificada, uma vez, que a 6º Turma do Órgão adota o posicionamento de que

¹⁴¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 00787-2015-096-03-00-1**. Terceira Turma. Recorrente: Jorge Eduardo Macedo de Matos. Recorridos: Santa Helena Segurança Total e União Federal (Câmara dos Deputados). Relator (a): Antonio Umberto de Souza Junior. Brasília 28 de março de 2017. Disponível em: <https://www.trt10.jus.br/?mod=ponte.php&ori=ini&pag=juris_segunda&path=servicos/consweb/juris_segunda_instancia.php>. Acesso em: 15 fev. 2017.

incumbe ao reclamante provar a negligência de fiscalização por parte da Administração Pública, enquanto as demais turmas defendem a corrente que o ônus da prova incube ao ente público pelo princípio da aptidão de prova presente no artigo 375 do Código de Processo Civil. Conforme exposto a seguir.

Sobre esse aspecto passo à análise do AIRR-518-49.2014.5.02.0444, da Sexta Turma do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, sendo o relator do Processo o Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. REQUISITOS DO ARTIGO 896, § 1º-A, DA CLT, ATENDIDOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331 DO TST. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. MÁ APLICAÇÃO. Agravo de instrumento provido ante possível violação do artigo 71, caput e § 1º, da Lei 8.666/93.

RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. REQUISITOS DO ARTIGO 896, § 1º-A, DA CLT, ATENDIDOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331 DO TST. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. MÁ APLICAÇÃO. A 6.ª Turma do TST decidiu seguir o teor de decisões monocráticas do STF que têm afirmado que é do reclamante o ônus da prova acerca da efetiva fiscalização na execução do contrato de terceirização de mão de obra por integrante da Administração Pública. Considerando que no caso em exame a ausência de fiscalização decorreu unicamente do entendimento de não satisfação do encargo probatório pela tomadora dos serviços, o que contrariaria o entendimento exarado pela Suprema Corte - ressalvado entendimento contrário do relator -, restou ausente registro factual específico da culpa in vigilando em que teria incorrido a tomadora de serviços.

Nesse contexto, não há como manter a responsabilidade subsidiária da Administração Pública contratante. Recurso de revista conhecido e provido¹⁴².

Trata-se de um Agravo de Instrumento interposto pela Procuradoria Geral da União em face do despacho de admissibilidade que denegou seguimento ao seu recurso de revista, no qual pleiteava a exclusão de sua responsabilidade subsidiária frente ao obreiro terceirizado.

Ao analisar a aplicação quanto o ônus da prova o Tribunal Regional consignou que a simples juntada do contrato entre as partes não demonstra a

¹⁴² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. **AIRR-518-49.2014.5.02.0444**. Sexta turma. Agravante: União (PGU) Agravado: Maria Tavares de Lira Santos e Dinâmica Serviços Gerais Eireli. Relator (a): Min. Augusto Cesar Leite. Brasília, 13 de abril 2016. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20518-49.2014.5.02.0444&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAMeeAAE&dataPublicacao=15/04/2016&localPublicacao=DEJT&query=Acesso em 27 fev. 2017>>

fiscalização pelo ente público caracterizando, assim omissão do seu dever de fiscalizar a execução do mesmo.

O Ministro Augusto Cesar diz ter a convicção pessoal de que é do ente público terceirizante o ônus probatório da fiscalização e não do Reclamante com base nos artigos 58, inciso III, e 67, caput, § 1º, 77, 78 e 87 da Lei nº 8.666/93, 333, inciso II, do CPC/73, e 818 da CLT. No entanto a 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho tem adotado o teor das decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal quanto ao presente tema que tem consignado ser do empregado o ônus probatório, assim, o princípio da aptidão de prova optou pela presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Desta forma o agravo de instrumento foi conhecido é provido pela má aplicação do artigo 71, § 1º da Lei nº 8666/93 e conseqüentemente o recurso de revista foi provido, desta forma excluindo a responsabilidade subsidiária da Procuradoria Geral da União.

Contudo pela a análise do RR- 11048-80.2014.5.01.0205, a Sétima Turma Tribunal Superior do Trabalho adota o posicionamento de ser do Órgão Público o encargo probatório quanto à fiscalização:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, V, DO TST. Embora a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93 tenha sido declarada em definitivo pela Excelsa Corte Suprema no julgamento proferido na ADC 16/DF, não há óbice para a condenação subsidiária de entidades da Administração Pública nas situações em que configurada a omissão no regular acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos de terceirização celebrados, particularmente em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas (legais e contratuais) por parte das empresas contratadas (Súmula 331, V, do col. TST). No caso dos autos, o Tribunal Regional do Trabalho afastou a responsabilidade subsidiária da segunda Reclamada, ao fundamento de que “Ao autor competia, e não à Petrobrás, a prova inequívoca da responsabilidade sobre as irregularidades ocorridas em meio ao contrato administrativo e que precipitaram seu final, do que não se desfez.”. Contudo, de acordo com o princípio da aptidão para a produção da prova, o ônus de demonstrar a regular fiscalização do contrato administrativo, inclusive quanto à quitação das obrigações trabalhistas, é do tomador dos serviços. Afinal, na hipótese, a segunda Reclamada, como responsável pelo controle da atividade da empresa prestadora, detinha, indubitavelmente, o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do contrato administrativo, ônus do qual não se desonerou, decorrendo daí a culpa in vigilando, que autoriza a condenação subsidiária. Julgados da Corte. Recurso de revista conhecido e provido.¹⁴³

¹⁴³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RR- 11048-80.2014.5.01.02050030. Sétima turma. Recorrente: Rafael de Souza Sodré Recorrido: Petróleo Brasileiro S.a. -

O reclamante interpôs recurso de revista e postulou a reforma do julgado para a atribuição de responsabilidade subsidiária à Petrobrás uma vez, que cabiam a ela os encargos probatórios e não obreiro terceirizado.

Em suas razões recursais o recorrente indicou a violação dos artigos 67, 71, § 1º, e 87 da Lei 8.666/93, 333, inciso II, do CPC/1973 e 818 da CLT, bem como contrariedade à Súmula 331, IV, V e VI, do TST. Aduziu ser dever poder do ente público fiscalizar o contrato administrativo nas diretrizes dos artigos 58, inciso XIII e 67 da Lei nº 8.666/93.

Afirmou que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é firme no sentido de que a demonstração da fiscalização da execução do contrato deve ser feita pela Administração Pública, quando incluída no polo passivo em demandas trabalhistas que pleiteiem a sua responsabilização subsidiária.

O Ministro Relator alegou que no caso dos autos o Tribunal Regional do Rio de Janeiro afastou a responsabilidade subsidiária da recorrida com o argumento que competia ao autor, por meio de prova inequívoca provar a negligência da ré na fiscalização do contrato firmado com a prestadora do serviço.

No entanto com fundamento no princípio da aptidão para produção de prova, o encargo probatório de comprovar a fiscalização e quitação das obrigações trabalhistas é da tomadora do serviço, ônus que se desincumbiu, acarretando em culpa *in vigilando* autorizando a condenação em responder subsidiariamente conforme a súmula 331, item V do TST.

Em seguida o relator colacionou jurisprudência das turmas do presente tribunal, bem com decisões da SBDI-1 do TST que seguem o entendimento fixado por ele no presente acórdão. Dessa forma o recurso foi conhecido e provido por contrariedade a súmula 331, item V do TST

Observa-se a existência de divergência entre as Turmas do Tribunal Superior do Trabalho quanto a quem incumbe provar a falta de fiscalização do ente público, a

PETROBRAS. Relator (a): Min. Douglas de Alencar. Brasília, 9 de novembro 2016. Disponível em: <
<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2011048-80.2014.5.01.0205&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAQqKAAK&dataPublicacao=18/11/2016&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em 27 fev. 2017.

6ª turma adota o entendimento fixado nas decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal de que o encargo probatório recai sobre o reclamante, enquanto as demais turmas aduzem que o ônus probatório recai sobre a Administração Pública.

Passo à análise da Jurisprudência do Superior Tribunal do Trabalho, iniciando pelo ag-AIRR 91700-24.2006.5.04.0030 que trata sobre a impossibilidade da reanálise de fato e provas por Tribunais de instância extraordinária.

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA NÃO REGIDO PELA LEI 13.015/2014. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONFIGURAÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. PARÂMETROS FIXADOS PELO STF NO JULGAMENTO DA ADC 16/DF. Ao julgar a ADC 16/DF e proclamar a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, a Suprema Corte não afastou a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, por dívidas trabalhistas mantidas por empresas de terceirização por eles contratadas, desde que configurada conduta culposa, por omissão ou negligência, no acompanhamento da execução dos contratos de terceirização celebrados, nos moldes da Súmula 331, V, do TST. No presente caso, o Tribunal Regional ressaltou que o ente público não logrou comprovar a fiscalização das obrigações contratuais e legais da empresa prestadora, o que configura a culpa in vigilando, a legitimar a imputação da responsabilidade subsidiária combatida. Incidência da Súmula 331, V, do TST. Agravo não provido.¹⁴⁴

Trata-se de um agravo regimental interposto pela Procuradoria Geral não União com objetivo de reverter a decisão que denegou seguimento do Agravo de Instrumento. O recurso tem como objetivo desconstituir a decisão que atribuiu responsabilidade subsidiária a presente reclamada. Em suas razões recursais aponta violação aos artigos 5º, inciso II, 37, *caput*, e §6º e 102, §2º, todos da CF.

O Ministro Douglas de Alencar afirma que o julgamento da ADC 16 do STF não afastou possibilidade do ente público responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas da prestadora do serviço, apesar disso a necessidade de ser

¹⁴⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. Ag-AIRR- 91700-24.2006.5.04.0030. Sétima turma. Agravante: União (PGU).Agravados: Desenfecsul Limpadora e Conservadora de Prédios Ltda. e Ednilson Luiz Rosa Mastrotti. Relator (a): Min. Douglas de Alencar. Brasília, 15 de junho de 2016. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-AIRR%20-%2091700-24.2006.5.04.0030&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAASZ+AAK&dataPublicacao=17/06/2016&localPublicacao=DEJT&query=%27responsabilidade%20subsidiaria%27%20and%20%27ente%20p%FAblico%27>>. Acesso em 27 fev. 2017.

configurada conduta culposa pela tomadora do serviço por omissão, negligência como previsto no item V da súmula 331.

Assevera que a configuração de culpa não depende de mera inadimplência de créditos trabalhistas e sim, deriva da comprovação de ato omissivo ou comissivo da Administração Pública que seria a não fiscalização e o acompanhamento do contrato administrativo celebrado.

Aduz que no presente caso não é possível o reexame de fatos e provas por órgãos de jurisdição extraordinária conforme a Súmula 126 do TST, no presente caso o Tribunal Regional assegura que a reclamada não comprovou a fiscalização contratual da empresa prestado, assim, configurando culpa in vigilando.

Dessa forma o recurso foi conhecido e desprovido, uma vez que seria necessário reanálise de conteúdo fático probatório para uma possível reforma da decisão colegiada regional.

O Tribunal Superior do Trabalho com fundamento no artigo. 932, inciso IV, alínea “a” adotou o posicionamento da possibilidade do Ministro Relator do processo por intermédio de decisão Monocrática, negar seguimento ao recurso, quando este for contrário à Súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal próprio, sendo a caso do recuso Ag-AIRR-508-74.2012.5.02.0088 no qual o relator Ministro Luiz Alberto Bresciani utilizou como base o presente dispositivo, passo à análise do Recurso.

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – DESCABIMENTO. DECISÃO IMPUGNADA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA UNIFORME DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme dispõe o art. 932, IV, “a”, do NCPD, incumbe ao relator negar provimento a recurso que for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal. Não merece reparos, portanto, a decisão agravada, porquanto proferida em conformidade com a Súmula 331, V, e com a OJ 382 da SBDI-1, ambas do TST. Agravo conhecido e desprovido.¹⁴⁵

¹⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. Ag-AIRR-508-74.2012.5.02.0088. Terceira turma. Agravante: Estado de São Paulo Agravados: Marcio Jose Napomucena e São Lourenço da SERRA Serviços Gerais Ltda. Relator (a): Min. Luiz Alberto Bresciane. Brasília, 22 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-AIRR%20-%20508-74.2012.5.02.0088&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABARpAAK&dataPublicacao=03/03/2017&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em 27 fev. 2017.

Trata-se de um Agravo Regimental interposto pelo Estado de São Paulo contra a decisão monocrática do Relator que denegou seguimento ao Agravo de Instrumento da parte com o fundamento no artigo. 932, inciso IV, alínea “a”, em razão do acórdão regional estar em consonância com a Súmula 331, V do TST e na Orientação jurisprudencial 382 da SBDI-1 do TST.

Ao analisar o mérito do presente o recurso, argumenta que o artigo 932 do NCCPC permite o relator negar seguimento monocraticamente a qualquer recurso desde que o mesmo esteja contrário ao entendimento fixado em súmula pelos tribunais superiores ou o tribunal próprio tribunal, acrescenta que a Súmula 401 do Supremo Tribuna Federal dispõe no sentido pelo não conhecimento de Recurso de Revista ou Embargos, na ocasião em que existir jurisprudência consolidada pelo Tribunal Superior do Trabalho, no mesmo sentido da decisão impugnada, salvo se existir divergência com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Cumpre transcrever a súmula 401 do STF:

Súmula 401: Não se conhece do recurso de revista, nem dos embargos de divergência, do processo trabalhista, quando houver jurisprudência firme do Tribunal Superior do Trabalho no mesmo sentido da decisão impugnada, salvo se houver colisão com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁶

O reclamado discorda da decisão que lhe atribui responsabilidade subsidiária, alega a contrassenso na sua condenação devido ao entendimento fixado na ADC nº 16 do STF e complementa a inexistência de prova nos autos de culpa in vigilando de sua parte. Aponta violação dos seguintes dispositivos artigos 5º, inciso II, 37, caput, e § 6º, 97, 173, III, e 193, § 3º, da Constituição Federal e 71, § 1º, da Lei nº8.666/1993 e contrariedade à Súmula 331, itens IV e V, do TST e à Súmula Vinculante 10 do STF.

O relator aponta inovação recursal quando aos artigos 173, III, e 193, § 3º, da Constituição Federal, assim, sua suposto violação não será analisada por falta de indicação expressa nos Recurso de Revista e no Agravo de Instrumento. Quanto à

¹⁴⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. Ag-AIRR-508-74.2012.5.02.0088. Terceira turma. Agravante: Estado de São Paulo Agravados: Marcio Jose Napomucena e São Lourenço da SERRA Serviços Gerais Ltda. Relator (a): Min. Luiz Alberto Bresciane. Brasília, 22 de fevereiro de 2017. Disponível em: < <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-AIRR%20-%20508-74.2012.5.02.0088&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABARpAAK&dataPublicacao=03/03/2017&localPublicacao=DEJT&query=>> . Acesso em 27 fev. 2017.

contrariedade à súmula 331, observa-se que o Tribunal Regional de São Paulo negou seguimento ao Recurso Ordinário com base na escolha de empresa inidônea para prestação dos serviços sem possibilidade financeira para honrar os encargos trabalhistas, dessa forma caracterizando culpa *in elegendo* com o intuito de lesar o direito do empregado prestador do Serviço. A decisão de Segundo Grau acrescentou o dever da tomadora de fiscalizar a execução do contrato e também a idoneidade financeira da contratada que pode variar no decorrer dos anos com base nos artigo 58, inciso III da Lei nº 8666/93 e complementa que o risco empresarial não pode ser atribuído ao empregado com base no artigo 3º da CLT.

Em seguida o Relator demonstra que a decisão do acórdão regional impugnada está em consonância com atual e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, por meio de reiteradas decisões turmarias.

Quanto a invocação de violação de reserva de plenário feita pelo o recorrente, restou evidencia a sua inexistência, uma vez que a interpretação dada ao artigo 71, § 1º da Lei nº 8666/93 foi dada pelo Supremo Tribunal Federal estando intacto o disposto no artigo 97 da Constituição Federal e na Súmula Vinculante nº 10 do STF.

Ressaltou que o julgamento da ADC nº16 pelo STF não impossibilitou a condenação Subsidiária da Administração Pública, somente reconheceu a responsabilidade subjetiva e não objetivo, necessitando de ato ou omissão culposa para sua atribuição.

Na hipótese presente nos autos, o Tribunal Regional evidenciou a configurada a conduta culposa da reclamada pela deficiente fiscalização das obrigações trabalhistas dos obreiros e decorre do Ente Público provar a efetiva fiscalização do contrato.

Pelo exposto a Decisão do Regional encontra-se em consonância com a jurisprudências do TST e com a Súmula 331, item V do TST, sendo negado provimento ao recurso.

Diante da análise do conteúdo das jurisprudências dos tribunais trabalhistas do Brasil é visível que é necessária a configuração de conduta culposos pela má fiscalização do contrato ou pela má escolha da prestadora do serviço para a

Administração Pública ser condenada subsidiariamente, uma vez que mera inadimplência de verbas trabalhista não gera o presente efeito.

Observa-se a necessidade da tomadora pública produzir prova robusta da sua fiscalização do contrato, uma vez que os tribunais estão adotando o princípio da aptidão da produção de prova, transferindo de ônus para a mesma, com base no artigo 375 do CPC/15. Os tribunais consideram prova robusta aquela prevista nos artigos 19-A e 34, § 4º e §5 da Instrução Normativa nº 2/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão na contratação de serviço.

3.2 Supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a violação dos princípios fundamentais da constituição federal

No julgamento da ADC nº 16 STF, foi proferida decisão no sentido de que o ente público, comprovada a culpa, possui responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas do empregador contratado.

Diante disto, estes entes alegam nos tribunais trabalhistas do nosso país, que o descumprimento do princípio administrativo da supremacia do interesse público tem sido recorrente, havendo uma prevalência do interesse dos empregados terceirizados em detrimento do público.

Para Sergio Martins Pinto, o princípio para o Direito “é o seu fundamento, a base, a estrutura, o fundamento que irá informar e inspirar normas jurídicas”. Os princípios são gerais e possuem um certo grau de abstração, servem para enumerar aplicações e podem encontrar-se positivados no ordenamento jurídico, como os diversos princípios trabalhistas.¹⁴⁷

Os princípios coexistem entre si e devem ser ponderados quando aplicados em um caso concreto, o que leva a uma necessidade de interpretação sistêmica.¹⁴⁸ A incidência de um não afasta, necessariamente, a incidência de outro, devendo ocorrer uma harmonização entre ambos.¹⁴⁹

¹⁴⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 31 Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.65.

¹⁴⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 31 Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.67.

¹⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7 Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.531.

Diante do exposto acima, necessário se faz verificarmos se a supremacia do interesse público pode sobrepor-se ao princípio da dignidade da pessoa humana que é a base do Estado Democrático de Direito.

Ao nos referirmos ao Estado Democrático de Direito precisamos ter em mente que se trata da submissão do Estado a seu ordenamento jurídico, que como tal deve buscar o bem comum, refutando o abuso de poder pelo mesmo e fazendo prevalecer os direitos individuais fundamentais, que são invioláveis e dentre eles encontra-se o da dignidade da pessoa humana.

O princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana juntamente com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa encontra-se expresso no artigo 1º, incisos III e IV da Constituição Federal, sendo um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;¹⁵⁰

Flávia Piovesan¹⁵¹ afirma que este princípio é uma:

reação à sucessão de horrores praticados pelo próprio ser humano, lastreado no próprio direito positivo, e esse princípio, imperante nos documentos constitucionais democráticos, que unifica e centraliza todo o sistema; e que, com prioridade, reforça a necessária doutrina da força normativa dos princípios constitucionais fundamentais.

Por ser um princípio inato e fazer parte da essência humana é indisponível, inalienável e irrenunciável, cabendo ao Estado impedir sua violação.¹⁵²

Carmem Lúcia menciona que a “dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana porque ela é que dita a condição superior do homem, como ser de razão e sentimento”. Sendo assim, a dignidade deve ser entendida com um supraprincípio constitucional, que deveria balizar todas as normas e princípios.¹⁵³

Em seu artigo 1º, inciso IV, a norma constitucional caracterizou como fundamento da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e a

¹⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 fev. 2017.

¹⁵¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.539

¹⁵² NUNES, Rizzato. **O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana**. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 49

¹⁵³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Revista Interesse Público, n. 4, 1999. p 4

livre iniciativa, uma vez que pelo trabalho o homem garante a sua subsistência e da sua família. Isso gera qualidade de vida e promove a dignidade da pessoa.

Discorrendo sobre a proteção ao direito do trabalho, Amauri Mascaro Nascimento¹⁵⁴ dispõe:

Nos tempos atuais, o trabalho é um direito: o direito ao trabalho. Esta afirmação não é recente. É encontrada em Montesquieu e em Rousseau. Há, portanto, uma preocupação com o direito do trabalho, cujo fundamento maior é o próprio direito à vida. O ser humano, para viver, precisa promover a sua subsistência. Para fazê-lo, depende do trabalho. Logo, o trabalho é um direito. É o direito que todo ser humano tem de converter a própria atividade em ganho de subsistência pessoal e familiar. O direito ao trabalho está relacionado com o direito à vida e à subsistência.

Como forma de respeitar a dignidade humana temos previsto no artigo 6º da Constituição Federal os direitos sociais, dentre estes podemos salientar o do trabalho. Cabe ao Estado fiscalizar o cumprimento dos deveres sociais trabalhistas, elencados no artigo 7º da norma constitucional, como forma de garantir os objetivos dispostos na mesma norma, quais sejam: justiça social, redução da desigualdade e existência digna a todos se concretizem.

Alexandre de Moraes dispõe que os direitos sociais são “[...] de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo como finalidade a melhoria das condições de vida ao hipossuficiente, [...]”.¹⁵⁵

Sendo assim, privilegiar a valorização do trabalho do homem em relação aos interesses, exclusivamente, econômicos do Estado é uma forma de se fazer valer o princípio da dignidade humana.

Analisando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, verifica-se que o mesmo é o fundamento do Direito Administrativo, juntamente com a legalidade, e que se baseia nos poderes e prerrogativas da Administração Pública.

Vale salientar que, quando se fala em supremacia significa dizer que o Poder Público encontra-se em posição de superioridade em relação aos particulares.¹⁵⁶ Já o interesse público pode ser compreendido como o resultado da união dos

¹⁵⁴ Nascimento, Amauri Mascaro *apud* DELGADO, Gabriela Neve. **Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. In: Revista dos Tribunais, v.101, n.925. Nov./2012. p. 317.

¹⁵⁵ MORAIS, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5 ed. Atlas. São Paulo. 2003. P. 42.

¹⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros.2015. p. 71

interesses dos homens como membros de uma sociedade¹⁵⁷ sempre ressalvando que, não poderá, em certos casos, se sobrepor ao privado, como forma de ferir direitos fundamentais.

Para Maria Sylvia Di Pietro o princípio da supremacia do interesse público “[...] está presente no momento da elaboração da lei, como no momento da sua execução [...]”¹⁵⁸, sendo a atuação do administrador público vinculada ao mesmo.

Trata-se de um princípio que não se encontra explícito na norma constitucional, mas conforme Marcelo Alexandrino “presume-se que a atuação do Estado sempre tenha por finalidade o interesse público”.¹⁵⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que: “Todo o sistema de Direito Administrativo a nosso ver, se constrói sobre o mencionado princípio da supremacia do interesse público sobre a particular [...]”¹⁶⁰ e divide o interesse do Estado em secundário, ou seja, o Estado como pessoa jurídica que possui interesses particulares, que são interesses similares a de que qualquer outro sujeito e em interesse primário, que corresponde ao interesse público propriamente dito.¹⁶¹

Luís Roberto Barroso, também, desmembra o conceito de interesse público em primário e secundário. O interesse primário visa à efetivação de direitos como justiça, segurança e bem-estar, já o secundário remete-se “a pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica”.¹⁶²

Afirma ainda que “em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário”.¹⁶³ Nesse sentido, o interesse primário terá primazia, pois agrega os valores fundamentais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana.

¹⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros.2015 P. 62

¹⁵⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, **Direito administrativo**, 28. E. São Paulo: Atlas. 2015. P.98.

¹⁵⁹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, **Direito Administrativo Descomplicado**. 14 ed. Niterói: Impetus. 2007. P. 148.

¹⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros.2015 p. 62

¹⁶¹ IBIDEM p. 66

¹⁶² BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesse Público versus interesse privado: Desconstruindo o Princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 201. P. XV-XVI.

¹⁶³ IBIDEM

Ressalta-se que a responsabilidade do Estado é decorrente da ideia de Estado de Direito, uma vez que o poder público encontra-se subjugado ao ordenamento jurídico e diante disso, deve responder por atos violarem o interesse de outrem.

Ao discorrer sobre responsabilidade do Estado por conduta omissiva, Celso Antonio Bandeira de Mello, sustenta: “Se não agiu para impedir o dano, embora estivesse juridicamente obrigado a obstá-lo, ou se, tendo agido atuou insuficientemente, portanto, abaixo dos padrões a que estava, de direito, compelido,”¹⁶⁴ o Estado está obrigado a reparar o evento danoso.

Ainda, o mesmo autor, ao expor sobre a responsabilidade objetiva do Estado, por omissão afirma que “só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver de direito obrigado a impedi-los”¹⁶⁵, impor que o ente público controle o cumprimento dos direitos trabalhistas é uma forma de resguardar os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho¹⁶⁶, caso contrário deverá responder objetivamente pelo dano.

A Administração Pública, no Estado Democrático de Direito, deve atuar de modo que os direitos e garantias fundamentais se efetivem, sendo assim, o interesse público deve respeitar as normas constitucionais, como forma de preservar os direitos previstos no artigo 7º da Constituição Federal.

¹⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros.2015 p. 1044.

¹⁶⁵ IBIDEM p. 1043

¹⁶⁶ GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. “Artigo 71 da lei 8/666/93 e súmula 331 do TST: poderia ser diferente”. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, ano 2011, v. 77, n.1, jan/mar, 2011.p. 36.

CONCLUSÃO

A terceirização surge no cenário da Segunda Guerra Mundial, diante da necessidade do aumento da produção da indústria bélica devido aos Estados Unidos terem se aliado aos países europeus para combater o nazismo alemão. Em decorrência deste fato, as empresas transferiram suas atividades secundárias a outras menores, concentrando-se, unicamente, na produção de armamento. O presente instituto visa diminuir os custos da mão de obra, aumentar a produção e gerar maior grau de competitividade no mercado de consumo.

Esse procedimento desfaz a concepção clássica da relação trabalhista entre empregado e empregador, inserindo um terceiro na demanda empresarial, que irá prestar os serviços de natureza acessória por meio dos seus próprios empregados, assim, surge uma relação laboral trilateral entre a empresa tomadora, a empresa contratada e o trabalhador terceirizado.

A Administração Pública utiliza do presente instituto para evitar o crescimento desmensurado da máquina pública. Diante de muitas empresas prestadoras de serviço não conseguirem manter-se economicamente, acabam por inadimplir as obrigações trabalhistas de seus empregados. Surge a inevitabilidade de se responsabilizar a Administração Pública por essas verbas trabalhistas inadimplidas.

Os parâmetros para responsabilização do Ente Público estavam dispostos no item IV da súmula 331 do TST, que expunha a necessidade de colocar o Estado no polo passivo da demanda trabalhista quando houvesse inadimplemento das obrigações trabalhista pela prestadora do serviço em razão, da sentença só gerar direitos e obrigações entre as partes ficando ressalvados direitos de terceiros.

Em decorrência da condenação automática da Administração Pública, a mesma se sentiu prejudicada pela negativa de vigência do artigo 71, §1º da Lei nº 8666/93 que não havia sido considerado inconstitucional pela uniformização de jurisprudência que formou o entendimento exarado no verbete sumular citado acima.

Diante disso, o Distrito Federal, por meio de seu procurador geral propôs a ação direta de constitucionalidade nº 16 perante ao Supremo Tribunal Federal, pedindo declaração expressa da constitucionalidade do presente dispositivo, afim de

isentar a Administração Pública de qualquer forma de responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas.

Contudo o Supremo Tribunal Federal entendeu na ADC nº16, que o artigo 71,§1º da Lei nº 8666/93 era constitucional, no entanto seu conteúdo não vedava a condenação subsidiária dos entes públicos, em virtude do disposto nos artigos 58, inciso XIII e 67 da norma, que dispõem o dever da tomadora pública de fiscalizar a execução do contrato administrativo.

Desta forma para se responsabilizar o Estado, seria necessário a sua ação ou omissão culposa pela ausência de fiscalização caracterizando assim, culpa *in vigilando*, ou a escolha de empresa inidônea para prestar o serviço, culpa *in eligendo*, ainda que se tivesse utilizado a processo licitatório por sua eleição, tornando-se, assim, ilegal a condenação automática dos entes públicos pela justiça do trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho, com o desígnio de se adaptar a decisão proferida pelo STF, alterou a redação do item IV da súmula 331 e acrescentou os itens V e VI, passando a constar expresso que para a responsabilização da Administração Pública direta, indireta e fundacional seria necessária a configuração de conduta culposa por elas.

Todavia a presente decisão viola, veementemente, os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, não seria justo o Estado exigir que o particular tenha, sempre, uma conduta proba e lícita, quando deixa de cumprir suas obrigações de uma forma tão injusta.

Os princípios fundamentais que fazem parte no núcleo essencial da constituição não poderiam ter sido afastados, o STF em sua decisão deveria ter tomado como base o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser uma constante nas relações trabalhistas, uma vez que o indivíduo é merecedor de respeito e consideração por parte do Estado.

O Estado deveria, em qualquer caso, honrar as obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora do serviço, assim, adotando-se uma responsabilidade objetiva. Infelizmente o Supremo Tribunal Federal cometeu um erro grave, pois

sacrificou um valor universal, vez que cabe ao Estado protegê-lo e promovê-lo, possibilitando uma existência digna ao trabalhador.

O Estado não deveria legislar para conceder a si privilégios, agindo desta maneira contrária a ordem pública. Deveria legislar para proteger o trabalhador das inúmeras tentativas de cerceamento ou extinção de direitos trabalhistas.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, **Direito Administrativo Descomplicado**. 14 ed. Niterói: Impetus. 2007.

AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesse Público versus interesse privado: Desconstruindo o Princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

BELMONTE, Alexandre Agra, Aspectos Jurídicos da Terceirização Trabalhista. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**, v. 74, n 4, p. 26 -52, out/dez. 2008

BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. “**A responsabilidade subsidiária dos entes públicos nas terceirizações de serviços fundada no Enunciado nº 331, IV, do TST**”. In: Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, n. 66, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=40831>>. Acesso em: 12 mar de 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jan. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm Acesso em 16 set. 2016

BRASIL. **Enunciados da I jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-dedireito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view> Acesso em: 22 fev. 2017

BRASIL. **Enunciados da V jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios->

1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf/view> Acesso em: 22 fev. 2017

BRASIL. **Instrução Normativa SLTI nº 02/2008**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/cjf/control-interno/fique-por-dentro/InstrNormSLTI_02_2008.PDF/view> Acesso em: 22 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.645 de 10 de dezembro de 1970**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm. Acesso em 12 jan.2017

BRASIL. **Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em 12 jan.2017

BRASIL. **Lei nº 7.102 de 20 de junho de 1983**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em 12 jan.2017

BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4302 de 1998. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1537011&filename=Tramitacao-PL+4302/1998>. Acesso em 15 mar.2017

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4330 de 2004**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979. Acesso em 15 mar.2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 16. **ADC Nº 16/DF**. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator (a): Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2497093>>. Acesso em 25 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas do tribunal superior do trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 2 fev. de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas do tribunal superior do trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 2 fev. 2017

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. **Ag-AIRR-508-74.2012.5.02.0088**. Terceira turma. Agravante: Estado de São Paulo Agravados: Marcio Jose Napomucena e São Lourenço da SERRA Serviços Gerais Ltda.. Relator (a): Min. Luiz Alberto Bresciane. Brasília, 22 de fevereiro de 2017. Disponível em: <
<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-AIRR%20-%20508-74.2012.5.02.0088&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABARpAAK&dataPublicacao=03/03/2017&localPublicacao=DEJT&query=>>. Acesso em 27 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. **Ag-AIRR- 91700-24.2006.5.04.0030**. Sétima turma. Agravante: União (PGU).Agravados: Desenfecsul Limpadora e Conservadora de Prédios Ltda. e Ednilson Luiz Rosa Mastrotti. Relator (a): Min. Douglas de Alencar. Brasília, 15 de junho de 2016. Disponível em: <
<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-AIRR%20-%2091700-24.2006.5.04.0030&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAASZ+AAK&dataPublicacao=17/06/2016&localPublicacao=DEJT&query=%27responsabilidade%20subsidiaria%27%20and%20%27ente%20p%27Fablico%27>>. Acesso em 27 fev. 2017

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. **AIRR-518-49.2014.5.02.0444**. Sexta turma. Agravante: União (PGU) Agravado: Maria Tavares de Lira Santos e Dinâmica Serviços Gerais Eireli. Relator (a): Min. Augusto Cesar Leite. Brasília, 13 de abril 2016. Disponível em: <
<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20518-49.2014.5.02.0444&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAMeeAAE&dataPublicacao=15/04/2016&localPublicacao=DEJT&query=Acesso em 27 fev. 2017.>

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Recurso de Revista. **IUJ-RR - 297751-31.1996.5.04.5555**. **Tribunal Pleno**. Recorrente: Banco do Brasil S/A Recorrido: Maria Tereza Leite da Silva. Relator (a): Min. Milton Moura França. Brasília, 11 de setembro de 2000. Disponível em: <
<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=IUJ-RR%20-%20297751-31.1996.5.04.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAai5AAA&dataPublicacao=20/10/2000&localPublicacao=DJ&query=Acesso em 27 fev. 2017.>

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. **RR- 11048-80.2014.5.01.02050030**. Sétima turma. Recorrente: Rafael de Souza Sodré Recorrido: Petróleo Brasileiro S.a. - PETROBRAS. Relator (a): Min. Douglas de Alencar. Brasília, 9 de novembro 2016. Disponível em: <
<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2011048-80.2014.5.01.02050030&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAQqKAAK&dataPublicacao=18/11/2016&localPublicacao=DEJT&query=>>. Acesso em 27 fev. 2017..

- CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- COUTINHO, Grijaldo Fernandes. **Terceirização Máquina de Moer Gente Trabalhadora**. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo, LTr, 2004.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 48.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. Ed. São Paulo: LTr, 2014.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, **Direito administrativo**, 28. E. São Paulo: Atlas. 2015.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 00787-2015-096-03-00-1**. Terceira Turma. Recorrente: Jorge Eduardo Macedo de Matos. Recorridos: Santa Helena Segurança Total e União Federal (Câmara dos Deputados). Relator (a): Antonio Umberto de Souza Junior. Brasília 28 de março de 2017. Disponível em: <https://www.trt10.jus.br/?mod=ponte.php&ori=ini&pag=juris_segunda&path=servicos/consweb/juris_segunda_instancia.php>. Acesso em: 15 fev. 2017.
- DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERNANDES, Jorge Ullisses Jacoby; LARA, Diva Belo. **Terceirização no serviço público**. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/novo/uploads/recursos_humanos/legis/terceirização/TSP.pdf>. Acesso em 23 jan.2017
- FORTINI, Cristina; VIEIRA, Virgílica Kirchmeyer, **A terceirização pela administração Pública no Direito Administrativo: sobre o decreto nº 2.271/97 e a instrução Normativa nº 2/08**. In: FORTINI, Cristina. **Terceirização na Administração**. Belo Horizonte . Fórum, p. 25-38.2009.
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. “Artigo 71 da lei 8/666/93 e súmula 331 do TST: poderia ser diferente”. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, ano 2011, v. 77, n.1, jan./mar, 2011.
- GIRARDI, Dante. **A terceirização como estratégia competitiva nas organizações. Gelre Coletânea – Série Estudo do Trabalho**. São Paulo: Organizações Gelre, 2006.

HINZ, Henrique Macedo. **“A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e mão de obra: um enfoque multidisciplinar”**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v.71, n.2, maio/ago. 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Leticia, **Número de empresas que decretaram falência subiu 100 % em 2016**. Disponível em: <<https://www.guarulhoshoje.com.br/2016/12/01/numero-de-empresas-que-decretaram-falencia-subiu-100-em-2016/>>. Acesso em 15 mar 2017.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **“Direitos fundamentais e responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços: inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93”**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, ano 33, n. 60, p 81-122, jan./jun. 2008.

MACEDO, Reane Viana. **A responsabilidade da Administração Pública pelos créditos trabalhistas na terceirização de serviços públicos**. In: LTR Suplemento. São Paulo, v. 46, nº 156, p 747-752, dez, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 31 Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – estudo de Direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 00787-2015-096-03-00-1**. Decima Segunda Turma. Recorrente: Município de Unaí Recorridos: Gleide Pereira de Castro e Flávio Alves Oliveira – Me. Relator (a): José Murilo de Moraes. Belo Horizonte, 20 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=1244362&acesso=f4367d08f23bf32f06915099666a4640>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil volume 5**, 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Paulo Ricardo Silva de. **Terceirização e precarização do trabalho humano**. Revista Tribunal Superior do Trabalho, v. 74, n. 4 p. 148 -168, out/dez 2008.

MORAIS, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5 ed. Atlas. São Paulo. 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Rizzato. **O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana**. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

OIT. **Perspectivas sociais do emprego mundial**. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/--dcomm/---publ/documents/publication/wcms_541211.pdf. Acesso em 15 mar. 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Questões controvertidas do novo código civil**. São Paulo: método, 2003.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 00863-2015-671-09-00-9**. Sexta Turma. Recorrente: Município de Telemaco Borba e recorridos: Julio Cesar Alencar de Souza, Prontidão - Segurança e Vigilância Ltda. e Destak Segurança e Vigilância Ltda. - Epp. Relator (a): Desembargador Francisco Roberto Ermel. Curitiba 26 de outubro de 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/acordao-863-2015-671.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017

PELUSO, Cezar, **Código Civil Comentado**, 9. ed. Barueri. Manole

PIETRO, Maria Sylvia Zanella DI. **Parcerias na Administração Pública Concessão, Permissão Franquia, Terceirização, Parceria Pública-Privada e Outras Formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas 2005 .

PIMENTA, José Roberto Freire, A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC Nº16 – DF e a Nova Redação dos Itens IV e V da Súmula Nº331 do Tribunal Superior do Trabalho . **Revista Tribunal Superior do Trabalho**, v. 77, n.1, p. 271 -301. Jan/mar 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7 Ed. São Paulo: Atlas, 2014

POCHMANN, Marcio. **A transnacionalização da terceirização na contratação do trabalho**. Disponível em: <http://cnts.org.br/public/arquivos/pesquisa_TG_Pochmann.pdf>. Acesso 14 set.2016.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001.

REIS, Luciano Elias. Terceirização na Administração Pública: breve reflexões críticas. **Revista Eletrônica- Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, v. 4, p. 113-122, 2014

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Recurso Ordinário. RO nº 0010599-34.2014.5.01.0202**. Terceira Turma. Recorrente: Município de Duque de Caxias. Recorrido: Tiago de Azevedo Bonfim e InforNova Ambiental LTDA . Relator (a): Desembargador Angelo Galvão Zamoran. Rio de Janeiro, 5 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/665705/00105993420145010202-DOERJ-21-09-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search="Responsabilidade Subsidiaria" "ente publico"&themepath=PortalTRT1/](http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/665705/00105993420145010202-DOERJ-21-09-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search=)>. Acesso em: 15 fev. 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 0010444-77.2013.5.01.0004**. Primeira Turma. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro – PGE. Recorridos: Dilma Soares Freitas e Infornova Ambiental Ltda. Relator (a): Desembargadora Mery Bucker Caminha. Rio de Janeiro, 21 de Setembro de 2015. Disponível em: <
[http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/647443/00104447720135010004-DOERJ-07-07-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search="Responsabilidade Subsidiaria" "ente publico"&themepath=PortalTRT1/](http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/647443/00104447720135010004-DOERJ-07-07-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search=)>. Acesso em: 15 fev. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 00787-2015-096-03-00-1**. Decima Segunda Turma. Recorrente: Município de Pelotas Recorridos: João Luis Melquiades Correa e Costa & Amaral Administração de Serviços Ltda. Relator (a): Desembargador Francisco Rossal de Araújo. Porto Alegre, 28 de março de 2016. Disponível em: <
<file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/d5580134020170220141322.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

ROCHA, Cármen Lácia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. artigo publicado na Revista Interesse Público, n. 4, p. 23 a 49. 1999

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário. **RO nº 1000857-49.2013.5.02.0242**. Decima Segunda Turma. Recorrente: Claudete Maria da Silva Moraes Recorridos: Capital Servicos de Vigilancia e Seguranca Ltda e Prefeitura do Municipio de Cotia. Relator (a): Desembargador Marcelo Feire Gonçalves. São Paulo, 21 de Setembro de 2015. Disponível em: <
<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=default&docId=ba0e022d672abdaa30edcdc7409b3cd2f81c393b&fieldName=Documento&extension=html#q=responsabilidade%20subsidiaria%20ente%20publico>Acesso em: 15 fev. 2017.

SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, ano 2011, v 77, n.1 ,p. 95- 129, jan./mar.2011

MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de e DUTRA, Renata Queiroz. A Terceirização de Atividade-Fim Caminho e Descaminho para a Cidadania no Trabalho. Brasília : **Revista do Tribunal Superior Do Trabalho**, v. 80, n.3, p 187-2014, jul./set. 2014