



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS (FAJS)

DANIEL NOGUEIRA VAZ

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA
CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS COM CESSÃO DE MÃO
DE OBRA E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA
INVERSÃO DE PRIORIDADES**

BRASÍLIA
2018

DANIEL NOGUEIRA VAZ

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA
CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS COM CESSÃO DE MÃO
DE OBRA E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA
INVERSÃO DE PRIORIDADES**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/FACJS) como pré-requisito
para a obtenção de Certificado de
Conclusão de Curso de Graduação em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cleucio Santos
Nunes

BRASÍLIA
2018

DANIEL NOGUEIRA VAZ

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA
CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS COM CESSÃO DE MÃO
DE OBRA E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA
INVERSÃO DE PRIORIDADES**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Dr. Cleucio Santos Nunes

Brasília, de de 2018.

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador

Professor(a) Avaliador(a)

DEDICATÓRIA

À minha amada e querida mãe, quem sempre me incentivou a crescer pessoal e profissionalmente, me estimulou a ingressar no serviço público, me entregou sábias e valiosíssimas lições e, acima de tudo, me encheu de amor e carinho durante toda sua vida.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	7
2.	TERCEIRIZAÇÃO	9
2.1.	Conceito de Terceirização	9
2.2.	Figuras na Terceirização Trabalhista: Tomador do Serviço, Empresa Interposta/Prestadora e Obreiro.....	11
2.3.	Breve digressão histórica	12
2.4.	Terceirização Lícita e Ilícita.....	13
2.5.	Terceirização na Administração Pública	14
2.5.1.	Limitações à Terceirização no âmbito da Administração Pública	16
2.5.1.1.	Concurso Público e Atividade Finalística	16
2.5.1.2.	Licitação	18
2.5.1.3.	Atividade-meio e o Decreto Lei N° 200/67.....	19
2.6.	Nova Lei de Terceirização	21
2.7.	Desvantagens da terceirização para os obreiros e a precarização da relação de emprego.....	23
3.	RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	26
3.1.	A Responsabilidade Solidária pelos encargos previdenciários	27
3.2.	A Responsabilidade Subsidiária pelos encargos trabalhistas	29
3.3.	A Súmula 331 do TST e sua Evolução Histórica.....	30
3.3.1.	Culpa <i>In Eligendo</i> e Culpa <i>In Vigilando</i>	33
3.4.	O regime jurídico dos contratos administrativos e o <i>poder-dever</i> de fiscalização.....	36
3.4.1.	Acórdão 1.214/2013 TCU – Plenário e os Documentos Exigíveis	39
3.4.2.	Retenção de Créditos ou da Garantia e Pagamento Direto.....	42
3.4.3.	Processos Administrativos de Apuração de Responsabilidade	46
3.4.4.	Rescisão Unilateral.....	48
3.4.5.	Garantia Contratual	51
3.4.6.	Consignação em Pagamento.....	52
3.4.7.	O critério para liquidação e pagamento de despesas públicas.....	54
3.5.	O Recurso Extraordinário 760.931.....	55
4.	GARANTIAS TRABALHISTAS PERTINENTES AO TEMA	61
4.1.	Autonomia do Processo do Trabalho e seus Princípios.....	61
4.1.1.	Princípio protetor.....	62
4.1.2.	Princípio da busca pela verdade real	62
4.1.3.	Princípio da finalidade social	64
4.1.4.	Princípio do ônus da prova.....	64

4.2.	Estado de Bem-Estar Social, a Dignidade do Trabalhador e o Valor Social do Trabalho na Constituição Federal	66
5.	A DICOTOMIA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 760.931	67
5.1.	Repercussão Geral e Relevância Temática	67
5.2.	A (Des)Igualdade das partes e as novas decisões do TST.....	68
5.3.	Distribuição dinâmica do ônus de provar de acordo com o novo Código de Processo Civil (2015)	73
5.4.	A inviabilidade do pagamento da fatura ou o enriquecimento indevido da Administração Pública	77
5.5.	Inversão de Prioridades e a Quebra do Princípio da Isonomia.....	78
6.	CONCLUSÃO	81

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, em 30/03/2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu a análise e o julgamento do Recurso Extraordinário RE 760.931 acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública em face dos encargos trabalhistas inadimplidos pelas empresas terceirizadas.

A decisão em comento fixou como critério necessário para efeito de responsabilização do ente público a comprovação cabal da conduta omissiva da Administração Pública no tocante à fiscalização dos contratos administrativos, não bastando a alegação genérica, tampouco o mero inadimplemento.

Esta pesquisa tem por objeto, pois, a análise substancial e pormenorizada da decisão proferida pela Suprema Corte à luz dos princípios do Direito Processual do Trabalho, da dignidade do trabalhador e do valor social do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como a avaliação dos seus reflexos no comportamento processual das partes. Será avaliada, exclusivamente, a terceirização que envolve a cessão de mão de obra através de uma empresa interposta e intermediária, quando obreiro é alocado para laborar nas dependências da tomadora de serviços.

Ao fim, espera-se encontrar uma solução jurídica compatível com a decisão prolatada no Recurso Extraordinário 760.931, apta a restabelecer o equilíbrio entre reclamante e reclamado(s) e viabilizar uma resposta jurisdicional adequada, em total observância à legislação que regulamenta a matéria, sem perder de vista o Direito Processual do Trabalho e a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (ADC-16 e RE 760.931).

Isso porque a decisão e os contornos das fundamentações que a determinaram, bem como sua interpretação pelos órgãos do Tribunal Superior do Trabalho desvirtuam significativamente a lógica processual trabalhista, o caráter tutelar do direito do trabalho e resulta, em última instância, no desnível entre as partes e no desequilíbrio da capacidade probatória, com uma grave consequência final: o não pagamento da contraprestação devida ao empregado pela força de trabalho despendida e destinada ao tomador de serviços.

A metodologia científica é a lógica necessária para que um conhecimento seja ou justificado ou rejeitado e compreende o conjunto de procedimentos empregados na investigação e na demonstração da verdade¹.

Os métodos de abordagem podem ser classificados em indutivos, dedutivos, hipotético-dedutivos e dialéticos². Essa pesquisa tem por procedimento primário o método dedutivo, que consiste apenas na reformulação ou enunciação de modo explícito de um valor já contido previamente em premissas tidas como verdadeiras, a fim de explicar seu conteúdo³. Parte-se, portanto, dos seguintes pressupostos: i) que as regras previstas na Lei 8.666/93 e outras normas de caráter obrigatório no âmbito da Administração Pública Federal devem ser observadas na íntegra pelo ente público contratante do serviço; e ii) o descumprimento desse dever legal dá azo à responsabilização subsidiária do Poder Público pelo inadimplemento do prestador frente aos encargos trabalhistas, conforme autorizado pela interpretação sistemática dos votos apresentados tanto na ADC-16 quanto no Recurso Extraordinário 760.931.

Seguir-se-á a linha dogmática, com vistas à obtenção da solução para o problema prático-jurídico da terceirização e a responsabilidade da Administração Pública, isto é, objetiva-se alcançar a melhor resposta legal para a correta operacionalidade do sistema jurídico, tomando em conta as contribuições doutrinárias e as particularidades entre ramos do direito⁴.

A técnica de pesquisa, por outro lado, pode ser categorizada como, primordialmente, bibliográfica (ou de fontes secundárias), propiciando o exame do tema sob um enfoque diferenciado a partir daquilo que já foi previamente estudado⁵.

Palavras-chave: Terceirização, Administração Pública, Responsabilidade Subsidiária, Súmula 331 TST, Ônus da Prova

¹ HENRIQUES, Antonio, MEDEIROS, João Bosco. *Metodologia Científica da Pesquisa Jurídica*, 9ª edição. Atlas, 04/2017. [Minha Biblioteca]. Pág. 31

² MARCONI, Marina Andrade, LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de Metodologia Científica*, 8ª edição. Atlas, 01/2017. [Minha Biblioteca]. Págs. 79-100.

³ *Ibidem*. Pág. 90.

⁴ BITTAR, Eduardo B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para concursos de direito*. 14ª edição.. Saraiva, 12/2015. [Minha Biblioteca]. Págs. 246/250

⁵ MARCONI, Marina Andrade, LAKATOS, Eva Maria. *Op. Cit.* Pág. 200.

2. TERCEIRIZAÇÃO

2.1. Conceito de Terceirização

A terceirização refere-se ao ato de transferir a responsabilidade de um processo ou fase de produção ou comercialização de uma empresa para outra, deixando a contratante de realizar alguma ou várias atividades com seus próprios recursos (pessoal, instalações, equipamentos e outros) e focalizando no seu negócio central (*core business*)⁶.

Antes mesmo de se revestir num fenômeno social-trabalhista, a terceirização (*outsourcing*⁷) foi adotada no meio empresarial como técnica administrativa de condução dos negócios.

A proposta da terceirização é, justamente, a descentralização de determinadas atividades para destiná-las ao subcontratado [empresa interposta], delegando sua execução, com a finalidade de permitir ao tomador de serviços a dedicação à sua atividade principal e ao controle e à gestão do seu próprio negócio, deixando de envolver-se diretamente com as questões relativas àquelas atividades acessórias⁸.

Relaciona-se com alguns conceitos como **desintegração vertical** (redução do tamanho da cadeia de atividades de uma empresa, diminuindo ou até eliminando níveis hierárquicos e processos ou postos de trabalho), **focalização** (especialização em unidades de negócios, através da diminuição do número de processos, do enxugamento de estruturas administrativas e da delegação de funções complementares ou acessórias a outras subcontratadas) e **parcerias** (associação à vista de um objetivo ou meta comum)⁹.

Como modelo administrativo, apresenta algumas vantagens, dentre as quais podem ser mencionadas: a racionalização dos recursos (redução dos níveis hierárquicos, dos custos administrativos e dos controles e aumento da flexibilidade), o foco na atividade principal (concentração de recursos para a área fim e especialização) e

⁶ AMATO, João Neto. **Reestruturação Industrial, Terceirização e Redes de Subcontratação**. Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 35, n.2, p.33-42, mar./abr. 1995. ISSN 0034-7590. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901995000200006>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

⁷ CAMBRIDGE DICTIONARY. United States. Cambridge University Press, 2018. Disponível em <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/outsourc?q=outsourcing>>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

⁸ GIRAUDEAU, Michel Olivier. **Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços**. São Paulo: LTr, 2010. Págs. 86 a 90.

⁹ AMATO, João Neto. *Op. Cit.*

o ganho de custos (redução de perdas através da contratação de serviços especializados prestados pelo terceiro)¹⁰.

Em linhas gerais, portanto, o fenômeno da terceirização consiste em transmitir para outra pessoa atividades consideradas secundárias ou de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal, com vistas à diminuição de custos e o aprimoramento da qualidade do produto ou do serviço¹¹.

As empresas entrevistadas já na pesquisa de João Amato Neto¹² indicaram como objetivo primordial a flexibilidade operacional e gerencial/administrativa, em especial a mencionada flexibilidade social extra-empresa, que permite maior maleabilidade dos contratos de trabalho (tipos de contratação, jornada de labor, local de realização) e redução dos encargos sociais e trabalhistas, fatores que conferem maior liberdade na administração da força de trabalho pelas empresas.

Todavia, a diminuição do arcabouço protetivo dirigido ao trabalhador e a precarização da relação de emprego não podem ser colocadas como consequências naturais e indissociáveis da evolução do mercado, da desregulamentação e da flexibilização das relações¹³, sob pena de agressão aos fundamentos constitucionais da valorização social do trabalho e da dignidade do homem.

Daí por que a relevância da temática, tão atual e com profundos reflexos nas relações justralhistas. Como bem salientado por Cássio Casagrande, o debate brasileiro acerca da terceirização não está na contramão da história, tampouco representa uma situação retrógrada, ante à discussão sobre sua eficácia social e justiça nos países centrais e dominantes do capitalismo liberal, como, por exemplo, o precedente fixado pela Suprema Corte no direito-norte americano: *Rutherford Food Corp. v. McComb*, 331 U.S. 722 (1947); ou a recente ação trabalhista coletiva movida por trabalhadores

¹⁰ GIRARDI, Dante Marciano. A importância da terceirização nas organizações. **Revista de Ciências da Administração**, Florianópolis, p. 23-31, jan. 1999. ISSN 2175-8077. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/7998>>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 9ª Edição. São Paulo: LTR, 2013. Pág. 357.

¹² AMATO, João Neto. **Reestruturação Industrial, Terceirização e Redes de Subcontratação**. Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 35, n.2, p.33-42, mar./abr. 1995. ISSN 0034-7590. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901995000200006>. Acesso em: 19 de setembro de 2018.

¹³ SILVA, Laercio Lopes da. **A terceirização e a precarização nas relações de trabalho: a atuação do juiz na garantia da efetivação dos direitos fundamentais nas relações assimétricas de poder: uma interpretação crítica ao PL n. 4.330/04**. São Paulo: LTr, 2015. Págs. 111 a 119.

terceirizados na *Labor Courts* do Reino Unido, ambas relacionadas à doutrina do *Joint Employer*¹⁴.

Nada obstante, não é toda e qualquer terceirização – no sentido técnico-científico usado em administração de empresas, que importa em responsabilidade subsidiária, mas tão somente aquelas terceirizações que envolvem a cessão exclusiva de mão de obra, com a alocação dos obreiros para laborar nas dependências do tomador dos serviços. E é esse modelo de terceirização de serviços, sob a ótica trabalhista, que será abordado no presente estudo.

2.2. Figuras na Terceirização Trabalhista: Tomador do Serviço, Empresa Interposta/Prestadora e Obreiro

Como dito, a modalidade de transferência de funções que importa para fins deste estudo é a trabalhista, quando há a cessão exclusiva de mão de obra de uma pessoa jurídica intermediária para atender uma demanda específica de um tomador de serviço.

A terceirização trabalhista é, pois, uma relação tríplice (ou trilateral) que insere o obreiro no processo produtivo de um tomador de serviços por intermédio de uma empresa interposta, consoante a lição de Mauricio Godinho Delgado¹⁵:

Para o direito do trabalho, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista 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 justrabalhistas, 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 junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (DELGADO, 2013)

E, exatamente por formar uma relação tríplice, envolve três atores, quais sejam, *i)* o tomador do serviço ou contratante, *ii)* a empresa interposta/interveniente, contratada ou prestadora do serviço e *iii)* o trabalhador, obreiro, colaborador ou empregado.

¹⁴ CASAGRANDE, Cássio. **Terceirizados do Reino Unido lutam por igualdade de direitos**. Revista JOTA. 30/04/2018. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/terceirizados-do-reino-unido-lutam-por-igualdade-de-direitos-30042018>>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª Edição. São Paulo: LTr, 2013. p. 453.

A posição de tomador do serviço, *in casu*, é ocupada pela Administração Pública, que, no intento de descentralizar parte de suas atividades não essenciais, acessórias, executivas ou instrumentais, contrata um terceiro para prestar um serviço, cujo objeto envolve a cessão e a gestão de mão de obra especializada em benefício do tomador.

A empresa intermediária, contratada pela Administração Pública mediante licitação ou procedimento equivalente (dispensa/inexigibilidade), mantém vínculo empregatício com o obreiro e este, por sua vez, é alocado para laborar em prol do tomador, executando os serviços contratados e conformando a relação tríplice.

Ressalte-se, de pronto, que dessas três figuras, a mais vulnerável é a categoria dos trabalhadores, que se encontra na ponta do processo produtivo, não detém o poder econômico e entrega o labor na expectativa incerta de receber a justa remuneração pela prestadora do serviço, razão pela qual merece tutela especial do Direito.

2.3. Breve digressão histórica

A terceirização, como técnica administrativa, tem sua origem associada ao período da segunda guerra mundial e à atividade desenvolvida pelas indústrias bélicas, que precisavam se concentrar na produção de armamentos, transferindo para outras empresas atividades de suporte à produção¹⁶.

A alta competitividade e o encurtamento de distâncias em face do avanço tecnológico e científico exigiram novos modelos de contratação de trabalhadores, descentralizados e de contratação flexível, a fim de reduzir custos empresariais¹⁷.

Contudo, no século XX, a indústria brasileira ainda era extremamente verticalizada, inflexível e concentrada, baseada nos modelos *fordista* e *taylorista* de produção¹⁸, mas o sistema da subcontratação já se fazia presente desde o nascimento das indústrias automobilísticas¹⁹. No Brasil, a partir da década de 50, o sistema da

¹⁶ GIRARDI, Dante Marciano. A importância da terceirização nas organizações. **Revista de Ciências da Administração**, Florianópolis, p. 23-31, jan. 1999. ISSN 2175-8077. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/7998>>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

¹⁷ GÓES, Winnicius Pereira de. A terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. Págs. 66 e 67.

¹⁸ *Ibidem*. Págs. 66 e 67.

¹⁹ AMATO, João Neto. **Reestruturação Industrial, Terceirização e Redes de Subcontratação**. Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 35, n.2, p.33-42, mar./abr. 1995. ISSN 0034-7590. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901995000200006>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

subcontratação cresceu paulatinamente com o ingresso no país das primeiras multinacionais, em especial das empresas desse segmento de mercado²⁰.

Ao fim da década de 60 e início da década de 70, foram introduzidas no ordenamento jurídico normas referentes ao fenômeno da terceirização, como o Decreto-Lei N° 200/67 e a Lei N° 5.645/70 (segmento estatal), a Lei do Trabalho Temporário (Lei N° 6.019/75) e, posteriormente, a Lei N° 7.102/83 (terceirização permanente do trabalho de vigilância bancária)²¹.

Importante destacar que essas referências normativas não regularam de modo expreso e totalizante a terceirização trabalhista, senão apenas situações específicas e pontuais, que, à época, demandavam a atenção da política legislativa.

2.4. Terceirização Lícita e Ilícita

A doutrina, a partir da edição da Sumula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, distinguiu a terceirização em lícita e ilícita.

Seriam lícitas, pois, quatro hipóteses de terceirização: a) as situações empresariais que autorizassem a contratação de trabalho temporário, fosse por necessidade transitória de substituição de pessoal ou por acréscimo extraordinário de serviços; b) as atividades de vigilância, reguladas pela Lei 7.102/83; c) as atividades de conservação e limpeza; d) os serviços especializados vinculados à atividade-meio do tomador, que não se ajustassem ao núcleo essencial das atividades empresarias, desde que, nas últimas três hipóteses, inexistisse vínculo de subordinação ou pessoalidade²².

Assim sendo, a terceirização, salvo o trabalho temporário, era admitida apenas enquanto modalidade de prestação de serviços entre duas entidades, de modo que a empresa terceirizante respondia pela direção dos serviços e preservava a pessoalidade e a subordinação frente aos colaboradores, mas nunca diretamente pelo tomador do serviço²³.

Afora essas situações-tipo, não existiriam no ordenamento jurídico outras formas de contratação terceirizada, que validassem a prestação de serviços por uma

²⁰ GIRARDI, Dante Marciano. A importância da terceirização nas organizações. **Revista de Ciências da Administração**, Florianópolis, p. 23-31, jan. 1999. ISSN 2175-8077. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/7998>>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

²¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª Edição. São Paulo: LTr, 2013. Págs. 453-454.

²² *Ibidem*. Págs. 467-469.

²³ *Ibidem*. Págs. 467-469.

pessoa física de forma *não eventual, onerosa, pessoal e subordinada*, sem que o tomador respondesse pelo vínculo laboral constituído²⁴.

Significa dizer que todas as formas de terceirização não abrangidas pelos incisos da Súmula 331 do TST eram consideradas ilícitas, o que, na prática, vedava a contratação mediante empresa interposta para a execução de atividades-fim, relacionadas diretamente ao *core business* da empresa.

Todavia, essa distinção não mais prevalece, ao menos na órbita da iniciativa privada, consoante será exposto a seguir.

2.5. Terceirização na Administração Pública

A Administração Pública ao longo das décadas está passando por profundas transformações na sua estrutura e no seu funcionamento e evoluindo paulatinamente de um modelo burocrático inflexível com resquícios significativos do patrimonialismo para um movimento gerencial.

No modelo patrimonialista, permeado de corrupção e nepotismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder soberano e a coisa pública (*res publica*) não se distingue do patrimônio do príncipe (*res principis*)²⁵.

Já na metade do Século XIX, com a emergência do Estado Liberal, é introduzido o modelo de Administração Pública Burocrática lastreado na concepção de poder racional-legal, como forma de combate ao patrimonialismo e às práticas de nepotismo e corrupção, mediante o controle rígido e *a priori* dos processos e dos administradores públicos²⁶.

Por último, o modelo de Administração Pública Gerencial desponta como resposta à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização, colocando o cidadão como beneficiário e cliente dos serviços públicos prestados e impondo a adoção de valores como eficiência, redução de custos, qualidade dos serviços e controle de resultados²⁷.

A reforma operada pelo Decreto Lei N° 200/67 representa um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática e pode ser considerado o primeiro momento

²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª Edição. São Paulo: LTr, 2013. Págs. 467-469.

²⁵ BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: MARE, 1995.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

da Administração Gerencial no Brasil²⁸. Esse mesmo diploma evidencia um movimento em direção à terceirização de serviços na esfera pública, à vista da dinamicidade, da redução de custos, do enxugamento da máquina administrativa e da busca por melhores atendimentos aos cidadãos²⁹.

Assim, a reforma do Estado deve ser compreendida no contexto da sua redefinição de papel, pois que ele deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços para fortalecer-se como promotor, coordenador e regulador desse desenvolvimento, considerando, ainda, os altos custos do controle da coisa pública contra o patrimonialismo³⁰.

A subcontratação de trabalhadores terceirizados, desta feita, era encarada como solução ao engessamento constitucional, facilitando a contratação de trabalhadores por intermédio de empresas interpostas, sob o pretexto de que assim alcançar-se-ia uma maior eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos³¹.

Disso decorre que a técnica de subcontratação, até então predominante na ciência da Administração e nas empresas privadas, paulatinamente passa a ser encarada como estratégia de eficiência e otimização dos serviços públicos, de enxugamento da máquina pública e de redução de custos com pessoal, penetrando na Administração Pública e permitindo o direcionamento da sua preocupação e da sua atuação àquelas atividades tipicamente essenciais, ao passo em que as acessórias, instrumentais ou executivas passam a ser entregues ao particular mediante execução indireta.

Nesse sentido, a própria Lei 8.666/93 de forma providencial define a execução indireta como aquela em que o órgão ou entidade contrata com terceiros, nos exatos termos do art. 6º, inc. VIII.

A discussão em torno da terceirização na Administração Pública vem se acentuando, em especial com reiteração do tema no Supremo Tribunal Federal, com a prolação dos Acórdãos na ADC-16, no RE 760.931, na ADPF 324/DF e no RE 958.252/MG, assim como as repercussões na justiça trabalhista, objeto de análise deste trabalho.

²⁸ BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: MARE, 1995.

²⁹ GÓES, Winnicius Pereira de. **A terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. Págs. 66 e 67.

³⁰ BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: MARE, 1995.

³¹ GÓES, Winnicius Pereira de. *Op. Cit.* Págs. 137 a 141.

2.5.1. Limitações à Terceirização no âmbito da Administração Pública

De início, importante mencionar algumas restrições ao emprego da terceirização no segmento público, algumas limitações impostas pela própria Constituição Federal, outras por decorrência da natureza do instituto.

2.5.1.1. Concurso Público e Atividade Finalística

O concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim a seleção dos melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas mediante aferição das suas aptidões pessoais e, por isso, representa o método mais idôneo de recrutamento de servidores públicos³².

A primeira limitação à terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública, de ordem constitucional, é justamente esse preceito que restringe a investidura em cargo ou emprego público à prévia aprovação em concurso de provas e títulos, norma capitulada no art. 37, inc. II, da Constituição Federal, como expressão dos princípios da legalidade, da eficiência, da publicidade e, em especial, da moralidade e da impessoalidade, com vistas à boa administração e ao controle das práticas nepotistas³³:

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

(...)

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

Essa é a orientação construída pelo Tribunal de Contas União, conforme pode se extrair do Acórdão 391/2009 – Plenário, do Acórdão 2.132/2010 – Plenário e do Acórdão 2.515/2017 – 1ª Câmara:

REPRESENTAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE PESSOAL SEM VÍNCULO FORMAL COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE TERCEIRIZADOS EM ATIVIDADE FIM. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA.

³² CARVALHO, José Santos Filho. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª Edição. Atlas, 03/2018. [Minha Biblioteca]. Pág. 693.

³³ GÓES, Winnicius Pereira de. **A terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. Págs. 158 a 160.

DETERMINAÇÕES. AUDIÊNCIAS. A contratação de trabalhador pela Administração Pública com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros para atuação na área-fim representa burla à exigência constitucional do concurso público. (Acórdão N° 391/2009 TCU – Plenário. Relator: ANDRÉ DE CARVALHO. Processo 024.351/2007-9 – REPRESENTAÇÃO. Data da sessão: 11/03/2009) (grifo nosso)

RELATÓRIO DE AUDITORIA. FISCALIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO CENTRALIZADA. VERIFICAÇÃO DA CONFORMIDADE DOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA NAS EMPRESAS ESTATAIS. CONSTATAÇÃO DE TRABALHADORES TERCEIRIZADOS OCUPANDO POSTOS DEVIDOS A EMPREGADOS CONCURSADOS. AFRONTA AO ART. 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SITUAÇÃO VERIFICADA PELO TRIBUNAL EM OUTRAS OPORTUNIDADES. FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA PELO PODER EXECUTIVO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO DECRETO N° 2.271/1997 E DO ENUNCIADO DA SÚMULA TST N° 331. RECONHECIMENTO DE PARTICULARIDADES AFETAS ÀS EMPRESAS ESTATAIS RELACIONADAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE DIANTE DO CASO CONCRETO. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA A DIVERSAS AUTORIDADES DOS PODERES EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO. ARQUIVAMENTO. Salvo disposição legal ou regulamentar em contrário, os contratos de terceirização de mão-de-obra no âmbito das empresas estatais devem se orientar pelas disposições do Decreto n° 2.271/1997, em conjunto com o entendimento perfilhado na Súmula TST n° 331, reservando-se as funções relacionadas à atividade-fim da entidade exclusivamente a empregados concursados, em respeito ao mandamento expresso no art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

(...)

9.1.1.2. no prazo de 2 (dois) meses, contado a partir do cumprimento da medida descrita no subitem anterior, confrontem os objetos de todos os contratos de prestação de serviços terceirizados em andamento com as atividades identificadas a partir do levantamento acima, e identifiquem o número de trabalhadores terceirizados que se enquadrem em alguma das seguintes situações irregulares: ocupação de atividades inerentes às categorias funcionais previstas no plano de cargos da empresa; exercício de atividade-meio e presença de relação de subordinação direta e pessoalidade; e exercício de atividade-fim; e (...) (Acórdão N° 2.132/2010 – Plenário. Relator AUGUSTO NARDES. Processo 023.627/2007-5. RELATÓRIO DE AUDITORIA. Data da sessão: 25/08/2010)

REPRESENTAÇÃO. CRECI/MS. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO SEM CONCURSO PÚBLICO. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS. DIRECIONAMENTO DE PROCESSO SELETIVO. CONHECIMENTO. AUDIÊNCIA. NÃO ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. MULTA. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA.

(...)

VOTO:

(...)

II – Contratação de serviços advocatícios com burla ao concurso público e terceirização indevida de atividades integrantes do plano de cargos e salários
6. Conforme verificado na inspeção, o Sr. (...) foi sucessivamente contratado pelo (...) como Assessor Jurídico ao longo de 2013, não obstante a existência

de candidatos aprovados em concurso público válido. Posteriormente, foi realizada licitação na modalidade convite e o prestador sagrou-se vencedor. As atividades objeto do contrato tinham escopo amplo e coincidente com as atribuições constantes do Plano de Cargos e Salários da autarquia.

(...)

11. Nesse contexto, é forçoso concluir que restaram descaracterizadas a urgência e a excepcionalidade na contratação do referido advogado. Conseqüentemente, essa contratação, com preterição de candidatos habilitados em concurso e por período continuado, configurou-se em fuga à regra constitucional da admissão de pessoal por concurso público.

12. Com relação ao escopo do contrato de consultoria, verifica-se que efetivamente houve terceirização indevida. Veja-se que o objeto do contrato de consultoria foi definido como “prestação de serviços de cobrança judicial e extrajudicial” (fls. 14-peça 31). Observa-se que a contratação não buscou atender situação específica, excepcional e não continuada, mas se destinou a objeto genérico e rotineiro, componente do rol de atribuições dos advogados integrantes do quadro do conselho. (Acórdão N° 2515/2017 TCU – Primeira Câmara. Relator: AUGUSTO SHERMAN. Processo 018.452/2013-2. REPRESENTAÇÃO. Data da sessão: 02/05/2017)

A terceirização, quando inserida na atividade-fim da Administração Pública, se volta a substituir de forma ilícita servidores públicos concursados, indispensáveis à organização funcional do ente público, o que representa burla à Constituição Federal, de modo que a máxima realização do princípio da impessoalidade recomenda a admissão direta de todos os servidores por meio do procedimento do concurso público³⁴.

A terceirização é, pois, indevida e ilícita quando: *i*) representar mera intermediação de mão de obra, para contratação de pessoal sem observância do prévio concurso público; e *ii*) coincidir com as atividades desempenhadas pelos servidores ou empregados do quadro funcional e com as atribuições constantes do plano de cargos do órgão ou entidade da Administração Pública, consoante dispõe o § 2º, do art. 1º, do Decreto 2.271/97.

2.5.1.2. Licitação

Nessa esteira, outra regra constitucional que baliza a terceirização no âmbito da Administração Pública é a exigência de prévio procedimento licitatório para a contratação de serviços, mediante certame público que assegure a igualdade de condições entre os licitantes³⁵, a teor do que dispõe o art. 37, inc. XXI, da CF:

³⁴ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIN, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 2015. Págs. 143 a 152.

³⁵ GOÉS, Winnicius Pereira de. **A terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. Págs. 158 a 160.

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.

É permitido à Administração Pública a contratação de serviços, sob a modalidade de execução indireta, que representem determinada utilidade de interesse para ela, conforme prescreve o art. 6º, incs. II e VIII, da Lei 8.666/93 (exemplificando atividades tais como demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte ou trabalhos técnico-profissionais), desde que previamente realizado o regular procedimento de contratação (licitação, dispensa ou inexigibilidade) disciplinado nesse normativo.

A licitação é um conjunto de atos procedimentais concatenados e direcionados a viabilizar a contratação do fornecimento de bens ou da prestação de serviços para o Poder Público, mediante a seleção da proposta mais vantajosa ao erário, desde que preenchidos os pressupostos mínimos para a contratação, quais sejam, uma proposta comercial condizente com as especificações desejadas pelo contratante e o atendimento dos requisitos de habilitação, prescritos taxativamente nos arts. 27 a 32 da Lei 8.666/93, referente à capacidade técnica, jurídica e econômica do pretendente.

Por essa razão, a regularidade e licitude do procedimento licitatório, na escolha da melhor e ideal proposta, é atrelada como causa de responsabilização subsidiária da Administração Pública, como reflexo da culpa *in eligendo* pela má seleção do particular contratado, como será abordado a diante.

2.5.1.3. Atividade-meio e o Decreto Lei N° 200/67

O Decreto Lei N° 200/67, ao dispor sobre a organização da Administração Pública Federal e fixar as diretrizes para a reforma administrativa, estabeleceu a política de transferência de tarefas meramente executivas à iniciativa privada, na modalidade de execução indireta, mediante contrato, a fim de melhor exercer suas funções de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a teor do que dispõe o art. 10, §7º, a seguir colacionado:

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

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

(...)

§ 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.

A doutrina apregoa que, nada obstante se refira o legislador à descentralização, somente a concessão poderia ser enquadrada como verdadeira descentralização (por colaboração), enquanto nas demais hipóteses elencadas no art. 10 não haveria descentralização propriamente dita, mas a) desconcentração; b) cooperação entre governos federal, estadual e municipal para a execução de serviços de interesse comum; e c) execução indireta de obras e serviços por terceiros, respectivamente³⁶.

Em que pese o entendimento contrário, a expressão “amplamente descentralizada” inserida no art. 10º do Decreto Lei Nº 200/67 foi [mal] empregada no sentido técnico científico utilizado na Ciência da Administração, como estratégia de fragmentação de incumbências e transferência de atividades, e não no seu aspecto doutrinário dogmático apresentado na Ciência do Direito.

Verifica-se, portanto, que a possibilidade da Administração Pública recorrer à execução indireta se restringe às tarefas executivas, desde que exista na iniciativa privada pessoas jurídicas suficientemente capacitadas e desenvolvidas para executar essas atividades, conforme expressamente capitulado no Decreto Lei Nº 200/67.

Registre-se que o parágrafo único do art. 3º da Lei 5.645/70, que apresentava um rol exemplificativo de atividades passíveis de execução indireta, foi revogado pela Lei 9.527/97 e, posteriormente, regulamentado pelo Decreto 2.271/97:

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

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

³⁶ PIETRO, Maria Zanella di. **Direito Administrativo**. 30ª Edição. Forense, 02/2017. [Minha Biblioteca]. Pág. 525.

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

A terceirização trabalhista se situa exatamente na órbita da execução indireta, com a passagem de tarefas e ofícios acessórios, executivos, instrumentais e complementares para a iniciativa privada, através de um regular processo de contratação.

2.6. Nova Lei de Terceirização

Diante do novo contexto social-jurídico, as alterações legislativas promovidas na Lei Nº 6.019/74 no ano de 2017 ampliaram descompassadamente o modelo de terceirização na iniciativa privada, permitindo a contratação de empresas interpostas para a execução de atividades de quaisquer naturezas, inclusive aquela reconhecidamente principal, não mais subsistindo a diferenciação entre atividades-meio e atividades-fim. É o que se depreende do art. 4º-A daquele diploma, a saber:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. ([Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante. ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

Por consequência lógica imediata, também não prevalece a distinção entre terceirização lícita e ilícita quanto ao objeto da contratação, uma vez que toda e qualquer atividade, incluindo o núcleo essencial da empresa, por expressa autorização legal, pode ser delegada a um terceiro.

Essa modificação normativa, contudo, não engloba o setor público, à vista das diversas limitações constitucionais e legais para a extensão desse regime de contratação, como o necessário concurso de provas e títulos para o ingresso em carreiras públicas e a permissão restrita para as atividades executivas (DL200/67), abordadas nas seções acima.

Prevalece, portanto, no âmbito do setor público, a facultativa transferência de atividades acessórias, instrumentais ou executivas para terceiros, mediante contratação

por procedimento licitatório, mas nunca para o exercício de funções abrangidas nos planos e quadros funcionais da Administração Pública ou para o exercício da atividade fim.

A despeito dessa opinião, existem autores que, após a modificação da Lei N° 6.019/74, sustentam a possibilidade de terceirização de qualquer atividade no âmbito da Administração Pública, seja ela instrumental, seja ela finalística, por ter a legislação supostamente superado a distinção tradicional entre atividade-meio e atividade-fim³⁷, o que, *data venia*, reputamos incorreto à vista das limitações esposadas supra.

Ademais, as alterações introduzidas na Lei N° 6.019/74 imputaram a responsabilidade subsidiária ao tomador dos serviços (contratante), consoante apregoa o art. 5°-A, § 5°, a saber:

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

(...)

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no [art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991](#). [\(Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017\)](#)

Atualmente, não mais por interpretação jurisprudencial, a responsabilidade é subsidiária [e não solidária] em decorrência de previsão legal expressa e taxativa nesse sentido, encerrando definitivamente qualquer outra celeuma acerca dessa temática.

Nada obstante, se as modificações constantes da Lei N° 6.019/74 adstringem-se apenas às empresas privadas, haverá uma ruptura incondicionada na isonomia entre obreiros que prestam serviços no âmbito do setor privado em contraste com aqueles que realizam as mesmas atividades terceirizadas no setor público, como abordaremos tópicos a frente.

Por último, impende registrar que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, nos dias 29 e 30/8/18, concluiu o julgamento da ADPF 324/DF, de relatoria do Min. Roberto Barroso, assim como do RE 958.252/MG afetado pela Repercussão Geral (Tema 725), de relatoria do Min. Luiz Fux, sobressaindo o entendimento de que é lícita a terceirização de atividades-meio e de atividades-fim, com amparo nos princípios

³⁷ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**. 7ª Edição. Método, 04/2018. [Minha Biblioteca]. Pág. 40.

constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, conforme se depreende do Boletim Informativo N° 913 do STF³⁸.

2.7. Desvantagens da terceirização para os obreiros e a precarização da relação de emprego

A modalidade de contratação terceirizada de serviços apresenta severas desvantagens em desfavor do empregado, notadamente a precarização social da relação trabalhista. Dentre esses aspectos podem ser mencionadas uma jornada de trabalho superior em comparação aos trabalhadores diretos, redução expressiva dos patamares de remuneração, alta rotatividade e baixa permanência, índices de acidentes de trabalho elevados e mão de obra menos qualificada³⁹.

Um importante estudo desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada⁴⁰, cuja metodologia escolhida foi a aplicação comparativa de registros administrativos sob a forma de micro dados do Cadastro Nacional de Entidades Sindicais-2013 (CNES) e da Relação Anual de Informações Sociais-2013 (RAIS), controlada por atributos observáveis (como sexo, idade, instrução dos assalariados, porte da empresa, região, dentre outros), estimou em 4,02 milhões os prováveis terceirizados (de média e alta probabilidade) e apontou uma inclinação negativa da remuneração, alcançando a mediana da diferença de remuneração de 11,5% em desfavor dos terceirizados.

Imprescindível mencionar que a pesquisa supra limitou seu campo metodológico de radicais às atividades terceirizadas consideradas lícitas pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho na Súmula 331, narradas acima. Com a alteração da Lei N° 6.019/74, que ampliou a possibilidade de terceirização para as atividades finalísticas das empresas privadas, é muito provável que o número de terceirizados afetados por essa estratégia de contratação cresça, com todos os seus efeitos prejudiciais e precarizantes da relação de emprego.

³⁸ Boletim Informativo N° 913 do STF. Brasília, 27 a 31 de agosto de 2018. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm#Justi%C3%A7a%20do%20Trabalho%20e%20terceiriza%C3%A7%C3%A3o%20de%20atividade-fim%20-%203>. Acesso em 18 de setembro de 2018.

³⁹ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIN, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 2015. Págs. 13 a 18.

⁴⁰ CAMPOS, André Gambier. IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). **Impactos da terceirização sobre a remuneração do trabalho no Brasil: novas evidências para o debate**. Texto Para Discussão N° 2245. Rio de Janeiro, Out/2016. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7288/1/td_2245.pdf. Acesso em 18 de setembro de 2018.

Outrossim, o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) elaborou uma Nota Técnica com o objetivo de avaliar e comparar as condições de trabalho nas atividades tipicamente terceirizadas em confronto com as atividades não terceirizadas, com subsídio na Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) e na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), considerando conceitos como atividade-meio, fragmentação da cadeia produtiva e foco no negócio⁴¹. Além desses dados, foram também consideradas outras atividades que típica e notoriamente envolvem a terceirização, como a construção civil, a confecção de roupas e calçados, serviços de engenharia e serviços de tele atendimento, dentre outros.

Como resultado desse estudo, foram verificadas as seguintes características que permeiam as relações de trabalho terceirizado:

- Alta taxa rotatividade (vínculos vigentes e rompidos) e menor estabilidade;
- Tempo médio de duração do vínculo de emprego menor (2 anos e 10 meses contra 5 anos e 10 meses);
- Diferença de remuneração nominal média, aproximadamente, entre 23% e 27%;
- Maior concentração relativa de vínculos com baixa remuneração média nas atividades tipicamente terceirizadas;
- Nas atividades não terceirizadas há uma incidência significativamente superior de acréscimo da remuneração para os empregados que detém nível superior completo quando em comparação com as atividades terceirizadas e o mesmo nível de escolaridade;
- Jornada de trabalho superior para os empregados terceirizados, com 85,9% dos vínculos de emprego com jornada de 41 a 44 horas contra 61,6% para os empregados de atividades não terceirizadas;
- Níveis de remuneração mais elevados para atividades não terceirizadas cujo vínculo é mais duradouro, isto é, empregados não terceirizados que laboram por mais tempo nas empresas detém patamares de remuneração crescentes enquanto a mesma correlação não se verifica nas terceirizações;
- Maior número de acidentes de trabalho.

⁴¹ PELATIERI, Patrícia; CAMARGOS, Regina Coeli; IBARRA, Antônio; MARCOLINO, Adriana. DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos). **Terceirização e precarização das condições de trabalho: Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes**. Nota Técnica N° 172. São Paulo, Mar/17. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.html>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

Ademais, o trabalhador terceirizado, com frequência, é colocado à margem do processo produtivo, a despeito de exercer as mesmas atividades dos empregados não terceirizados⁴².

No trabalho desenvolvido por Laercio Lopes, puderam ser identificados, a partir de vários relatos e depoimentos, a perda da autoestima, exclusões rotineiras e o sentimento estigmatizante sofrido pelos terceirizados, por questões simples do cotidiano, como a não participação em confraternizações, o sentimento de frustração por não deter as mesmas prerrogativas dos demais empregados da tomadora do serviço, a dificuldade de se posicionar como funcionário de determinada empresa frente aos colegas e familiares, a segmentação de espaços de convivência, a percepção do trabalho em jornada e em produtividade por vezes superiores àquelas dos demais empregados da tomadora, aspectos vários que prenunciam a patente precarização moral do trabalhador assujeitado à terceirização e a violação da sua personalidade e dignidade⁴³.

Assim, podemos concluir que “a trajetória de exclusão social e de precariedade promovida pelo trabalho terceirizado, além de intensificar a privação de direitos fundamentais dos trabalhadores, também os impede de consolidarem sua identidade de classe a partir do trabalho realizado”⁴⁴.

Para além disso, a terceirização de serviços com cessão de mão de obra também compreende outra grande problemática, concernente à inadimplência da contratada interposta, resultando, em última análise, no preterimento dos direitos trabalhistas e no reforço da precarização social do trabalho, ao sustar os pagamentos das parcelas pecuniárias devidas aos trabalhadores envolvidos, muito embora tenham entregue sua força de trabalho ao tomador dos serviços.

Esse último traço é o enfoque deste trabalho na órbita da Administração Pública como tomadora (contratante) de serviços terceirizados.

⁴² SILVA, Laercio Lopes da. **A terceirização e a precarização nas relações de trabalho: a atuação do juiz na garantia da efetivação dos direitos fundamentais nas relações assimétricas de poder: uma interpretação crítica ao PL n. 4.330/04**. São Paulo: LTr, 2015. Págs. 111 a 119.

⁴³ *Ibidem*. Págs. 111 a 119.

⁴⁴ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIN, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 2015. Págs. 13 a 18.

3. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os grandes impasses na terceirização de mão de obra no âmbito da Administração Pública são *i*) a regra constitucional do concurso público e a limitação das atividades terceirizáveis, como dito, assim como *ii*) o alcance da responsabilidade do tomador de serviços pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas do obreiro destacado pela contratada interposta (empregadora).

O entendimento dominante da jurisprudência impõe ao tomador de serviços terceirizados a responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas, com alicerce na configuração da culpa *in vigilando* e da culpa *in eligendo*, enquanto existem outras correntes, em conflito, como bem apontado por Michel Olivier Giraudeau, que propugnam uma responsabilidade solidária com fundamento *i*) no dever de reparação que recai sobre o comitente (art. 932, inc. III, CC); *ii*) na teoria do risco da atividade (art. 927, CC); ou *iii*) pelos fins sociais e econômicos do empreendimento conjugado com a valorização do trabalho humano e da justiça social (art. 187, CC)⁴⁵.

Ainda, Winnicius Góes defende a responsabilidade solidária em razão de toda uma estrutura de princípios, valores e desígnios constitucionais que impõem a fundamentação das decisões em consonância com uma pré-compreensão (Teoria Substancialista) da Constituição Federal, compromissária e dirigente⁴⁶.

No que tange à iniciativa privada, como já mencionado, a recente alteração introduzida na Lei 6.019/74 por meio da Lei 13.429/17 pôs termo à discussão, fixando a responsabilidade do tomador dos serviços pelos encargos trabalhistas como subsidiária na hipótese de inadimplência do prestador do serviço.

No entanto, no âmbito da Administração Pública, a questão permanece controvertida, com o ajuizamento de um sem número de reclamações trabalhistas imputando a responsabilidade do Poder Público contratante.

A despeito das múltiplas e vacilantes posições doutrinárias, o Supremo Tribunal Federal fixou como tese de Repercussão Geral, na decisão do Recurso Extraordinário 760.931, que o inadimplemento dos encargos trabalhistas pelo empregador não transfere automaticamente o ônus pelo seu pagamento à Administração

⁴⁵ GIRAUDEAU, Michel Olivier. **Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços**. São Paulo: LTr, 2010. Págs. 86 a 90.

⁴⁶ GOÉS, Winnicius Pereira de. **A terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. Págs. 220 a 253.

Pública, quer de forma solidária ou subsidiária, entendimento já sedimentado na Ação Declaratória de Constitucionalidade N° 16/DF.

Em outras linhas, o desfecho do Recurso Extraordinário 760.931 não inovou em nenhum ponto a perspectiva do Supremo Tribunal Federal assentada na decisão da ADC-16, qual seja, a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e a impossibilidade de transferência automática dos encargos trabalhistas à Administração Pública em razão do mero inadimplemento pela contratada.

Entretanto, em *obter dictum*, foram aventadas questões relevantes, que merecem destaque apartado a frente.

3.1. A Responsabilidade Solidária pelos encargos previdenciários

É da essência da obrigação solidária a pluralidade subjetiva e a unidade objetiva, isto é, necessário que concorram vários sujeitos ativos ou passivos e haja unidade da prestação, de modo que cada um dos credores tem o poder de receber a dívida integralmente ou cada um dos devedores tem a obrigação de solvê-la por inteiro⁴⁷.

A Administração Pública responde **solidariamente** pelo cumprimento dos encargos previdenciários oriundos da relação contratual, nos termos do art. 71, § 2º, da Lei 8.666/93, com a redação dada pelo art. 4º da Lei 9.032/95, *in verbis*:

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

(...)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Contudo, aqui, distintamente, trata-se de responsabilidade solidária e não de obrigação solidária, a indicar que alguém pode ser afetado pelo inadimplemento alheio, uma vez que somente se pode pretender imputar a dívida à Administração Pública se o sujeito passivo direto da obrigação tributária, dito contribuinte, não promover o pagamento regular⁴⁸.

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. II - Teoria Geral das Obrigações**, 29ª edição. Forense, 01/2017. [Minha Biblioteca]. Pág. 79

⁴⁸ JUSTEN, Marçal Filho. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 1069.

A responsabilidade é uma relação jurídica derivada do inadimplemento da relação jurídica originária (obrigação), isto é, quando a obrigação não é cumprida de forma espontânea é que surge a responsabilidade⁴⁹.

O fato gerador da obrigação tributária é o acontecimento concreto previamente definido na lei que, com a sua ocorrência, dá nascimento à obrigação tributária; e o sujeito passivo (contribuinte ou responsável) é o devedor dessa mesma obrigação tributária⁵⁰.

Certo é que, na hipótese, os sujeitos passivos da obrigação de prestar a contribuição social para custeio do regime geral de previdência são *i*) o empregador, por remunerar os segurados que lhes prestam serviços como retribuição pelo trabalho (art. 195, inc. I, da CF c/c art. 22 da Lei 8.212/91) e *ii*) o próprio empregado, por receber remuneração proveniente do trabalho (art. 195, inc. II, da CF c/c art. 20 da Lei 8.212/91), não figurando na relação jurídica tributária, portanto, a Administração Pública contratante dos serviços terceirizados.

Assim, a Administração Pública somente é convocada a responder de forma solidária se a contribuição social previdenciária devida pelo empregador contratado pelo Poder Público não for paga, haja vista que, por expressa imposição legal, foi atribuído àquela a solidariedade no cumprimento das obrigações previdenciárias provenientes dos contratos administrativos celebrados para a execução indireta de tarefas.

Logo, o órgão contratante deve, a todo momento, manter a boa e energética fiscalização e averiguar a prestação regular e satisfatória da avença, com especial rigor ao cumprimento das obrigações previdenciárias quando tratem-se de serviços terceirizados envolvendo a cessão de mão de obra, uma vez que eventual inadimplência poderá onerar o erário.

Aliás, a alteração promovida na Lei 8.666/93 pela Lei 9.032/95, acrescentando o § 2º ao art. 71, foi o motivo inicial da divergência instaurada pelo Ministro Luiz Fux na discussão do Recurso Extraordinário 760.931, sob o forte argumento de que se houvesse a intenção, poderia o legislador ter incluído disposição expressa acerca da responsabilidade subsidiária pelo cumprimento dos encargos trabalhistas, mas não o fez, limitando-se a regular a responsabilidade solidária no tocante aos débitos previdenciários.

⁴⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12ª edição. Atlas, 09/2011. [Minha Biblioteca]. Págs. 18 a 20.

⁵⁰ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21ª Edição. Saraiva, 1/2016. [Minha Biblioteca]. Pág. 291 e 327.

3.2. A Responsabilidade Subsidiária pelos encargos trabalhistas

Por sua vez, a responsabilidade subsidiária é nada mais do que uma forma especial de solidariedade, qualificada pelo benefício [de ordem] ou preferência de excussão de bens de um dos obrigados, na medida em que uma das pessoas tem o débito originário (sujeito passivo direto da relação jurídica obrigacional) e a outra tem apenas a responsabilidade por esse débito⁵¹. Assim, esgotados preliminarmente os bens do devedor primário, sucessivamente, passa-se a executar os bens do responsável subsidiário.

É, portanto, uma responsabilidade supletiva, que sobrevém tão somente na hipótese de inadimplência do contratado acrescida de ato omissivo ou comissivo do Poder Público danoso à terceiro, num proceder anormal e descompassado com as normas que regulam as contratações públicas.

Essa foi a acertada interpretação da justiça trabalhista acerca da responsabilidade civil da Administração Pública no que tange às verbas trabalhistas dos empregados dedicados pela contratada com exclusividade para prestar um determinado serviço ao contratante, brotando a subsidiariedade pelo pagamento da dívida quando e se o dever de fiscalização inerente ao Poder Público não é exercitado de forma regular e satisfatória, em desatendimento a um conjunto seriado de normas integradas no ordenamento jurídico.

Além dos deveres impostos ao Poder Público pela Lei 8.666/93, fortalece a tese da responsabilidade subsidiária o fato de ter a Lei 8.036/90, regulamentadora do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, estatuído categoricamente a responsabilidade do tomador de mão de obra pelo pagamento do depósito fundiário:

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

§ 1º Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigarse.

⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 2 – Obrigações**. 18ª Edição. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca]. Págs. 124 a 127.

3.3. A Súmula 331 do TST e sua Evolução Histórica

A discussão em torno da matéria não é recente. Com o aprofundamento da terceirização trabalhista aliado à inação do Poder Legislativo, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 256 no ano de 1986, limitando a terceirização apenas às atividades previstas no ordenamento jurídico, quais sejam, o trabalho temporário (Lei 6.019/74) e o serviço de vigilância (Lei 7.102/83). Entretanto, diante da pressão de segmentos econômicos, aquele mesmo órgão colegiado editou, em 1994, a Súmula 331 ampliando as hipóteses de terceirização para todos os serviços especializados desde que correlatos à atividade-meio da empresa e sem vínculo empregatício, com destaque para a pessoalidade e a subordinação. Na sequência, no ano 2000, ampliou a responsabilidade subsidiária para a Administração Pública⁵².

O enunciado da Súmula 331 foi intensamente debatido após essa modificação, argumentando-se que estaria incorrendo em violação ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, em desfavor da Administração Pública, o que deu azo ao ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade pelo Governador do DF no Supremo Tribunal Federal (ADC-16)⁵³.

A Suprema Corte declarou, com efeito *ex tunc e erga omnes*, a constitucionalidade da norma em apreço, entendendo que o TST não a considerou inválida, mas sim que conduziu uma interpretação lógica e sistemática, concatenada com outros dispositivos da Lei 8.666/93, para constatar o dever de fiscalização imposto à Administração Pública e daí extrair sua responsabilidade subsidiária. A decisão confirmou, pois, a manutenção da interpretação dada pela Súmula 331 do TST desde que demonstrada de forma inequívoca a culpa da Administração Pública na fiscalização do contrato administrativo, vedada sua responsabilidade automática e objetiva⁵⁴.

⁵² COELHO, Humberto Alves; NEVES, Marcelo José das. **A Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública Segundo a Jurisdição Constitucional: obrigações, encargo probatório e limites interpretativos - um contributo prático aos principais sujeitos do processo: trabalho, empresa terceirizada, administração pública e órgão jurisdicional**. Revista LTr Vol.81, Maio de 2017. Disponível em: <<http://ltdigital.com.br/prateleira>>. Acessado em 10/08/2017.

⁵³ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

⁵⁴ COELHO, Humberto Alves; NEVES, Marcelo José das. *Op. Cit.*

Ou melhor, o Boletim Informativo de Jurisprudência N° 610 do STF⁵⁵ sintetizou o mérito da decisão proferida na ADC-16 nos seguintes termos: “*Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.*”

Com efeito, o Tribunal Superior do Trabalho por meio da Res. 174/2011, modificou a redação do item IV e incluiu os itens V e VI à redação da Súmula 331 e consignou expressamente que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública não decorre do mero inadimplemento da contratada, mas da sua conduta culposa e desconforme aos preceitos da Lei 8.666/93, com o que adequou sua jurisprudência à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Em outras linhas, para configurar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública é imprescindível a demonstração de má seleção (*culpa in eligendo*) ou de desídia e irresponsabilidade na fiscalização (*culpa in vigilando*), o que revela o descumprimento de obrigações legais enunciadas na Lei 8.666/93 e impostas ao órgão ou entidade contratante. E a atual redação da Súmula 331 do TST evidencia justamente isso, a saber:

SÚMULA 331 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 n° 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 n° 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de

⁵⁵ Boletim Informativo de Jurisprudência N° 610 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo610.htm>. Acesso em 23/8/18.

21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Verifica-se, portanto, que o Tribunal Superior do Trabalho empreendeu uma exegese sistemática e teleológica ao compreender na decisão uma série de princípios e regras pertinentes no ordenamento jurídico que orientam a conduta do gestor público e tutelam o empregado, assim como afastou a mera leitura literal e isolada do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

Ocorre que diversas decisões proferidas pela justiça do trabalho que condenavam a Administração Pública ao pagamento das verbas trabalhistas limitavam-se a afirmar que a tomadora do serviço não teria se desincumbido do ônus de provar a atuação vigilante, aventavam a possibilidade de responsabilidade objetiva extracontratual do Estado ou, ainda, aduziam que se houve o inadimplemento das obrigações trabalhistas pela contratada era porque, por decorrência, a fiscalização não teria sido corretamente exercida.

Como resultado, foram interpostos diversos Recursos Extraordinários e Reclamações Constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal, arguindo violação à decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade Nº 16, à Súmula Vinculante Nº 10 do STF e à cláusula de reserva de plenário, por transferir ao Poder Público a responsabilidade pelo pagamento dessas verbas sem, supostamente, a necessária apreciação da culpa.

Tamanhos eram o eco, a pertinência constitucional e a relevância da discussão que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral do Tema 246, sobrestando 50 (cinquenta) mil processos que versavam sobre a mesma matéria. Como resultado do que foi decidido pelo pleno, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese para casos semelhantes: *“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”*.

A decisão do Recurso Extraordinário 760.931, apesar de não ter inovado em nada a ADC-16, trouxe algumas relevantes e significativas alterações na condução dos processos trabalhistas em virtude de uma má interpretação da *ratio decidendi* do

Supremo Tribunal Federal, como será esmiuçado à frente, alterando a posição predominante adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho em total desprestígio ao empregado contratado pela empresa terceirizada.

3.3.1. Culpa In Eligendo e Culpa In Vigilando

A fórmula construída pela justiça trabalhista e consolidada na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, agora adequada à prolação da decisão na ADC-16 e no RE 760.931, tem esteio no instituto jurídico da *culpa*.

Entendida no seu amplo sentido, a culpa é o elemento subjetivo da conduta, e compreende tanto a culpa *stricto sensu* quanto a ação ou omissão dolosa⁵⁶, isto é, abrange não somente o ato ou conduta intencional, mas também aquelas evitadas de negligência, imprudência ou imperícia⁵⁷.

A culpa é a inobservância ou a violação de um dever que o agente devia conhecer e observar, um erro ou desvio de conduta em comparação com o comportamento que seria normal e aceitável pela sociedade e [em sentido estrito] contém um ato voluntário de resultado involuntário, mas previsível, e se exterioriza pela negligência, imprudência ou imperícia⁵⁸.

A culpa *in eligendo* é aquela oriunda da má escolha do representante ou do preposto e a culpa *in vigilando* é a que se traduz na ausência de fiscalização do patrão ou comitente com relação a empregados ou terceiros sob seu comando⁵⁹.

Como dito, a Constituição Federal impõe a licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações, com fundamento no art. 37, XXI, bem como para a concessão e a permissão de serviços públicos, previsão expressa do art. 175⁶⁰ e, ainda que não brotasse dessas disposições legais, decorreria do princípio da igualdade⁶¹.

A Administração Pública Federal no exercício das suas funções estatais está, pois, vinculada ao procedimento licitatório e às regras específicas da Lei 8.666/93, de modo que a inobservância criteriosa dessas disposições pode conduzir à seleção de

⁵⁶ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 7 - Responsabilidade Civil**. 6ª Edição. Forense, 12/2015. [Minha Biblioteca]. Pág. 105

⁵⁷ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil**. 18ª Edição. Atlas, 12/2017. [Minha Biblioteca]. Pág. 471 e 482.

⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 471 e 482.

⁵⁹ *Ibidem*. Pág. 471 e 482.

⁶⁰ PIETRO, Maria Zanella di. **Direito Administrativo**. 30ª Edição. Forense, 02/2017. [Minha Biblioteca]. Pág. 430.

⁶¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª Edição. Saraiva, 11/2011. [Minha Biblioteca]. Pág. 533.

uma licitante desprovida da capacidade técnica operacional e da idoneidade financeira necessárias para a consecução do objeto contratado, inapta para solver as obrigações frente aos empregados terceirizados.

O procedimento da licitação a partir da etapa externa se desdobra em dois momentos fundamentais: *i*) na análise das condições dos interessados que afluem à licitação, isto é, um exame dos sujeitos interessados; e *ii*) na análise das propostas, ou seja, o exame dos objetos; de maneira que naquele primeiro momento, põe-se em pauta a qualificação ou habilitação dos proponentes, concentrando-se a Administração na verificação do preenchimento dos requisitos prefixados no Edital, restritos exclusivamente à capacitação jurídica, técnica, econômico-financeira e regularidade fiscal⁶².

Nesse aspecto, a Lei 8.666/93, nos seus arts. 27 a 31, coloca um rol exaustivo de documentos de habilitação exigíveis dos interessados, exatamente para perquirir a capacidade para execução do objeto da licitante que pretende contratar com a Administração Pública.

Tendo em vista essa preocupação, após a conclusão de um profundo estudo conduzido por um grupo de trabalho constituído por servidores de vários órgãos e a subsequente apreciação pelo pleno do Tribunal de Contas da União, foram expedidas diversas recomendações no que tange aos procedimentos licitatórios e os requisitos de habilitação técnica e econômico-financeira exigíveis dos licitantes. As orientações acerca da comprovação de qualificação podem ser sumarizadas da seguinte forma: *i*) patrimônio líquido mínimo em confronto com o valor da contratação; *ii*) índices de liquidez e solvência superiores a 1 (um) ponto; *iii*) capital circulante líquido (de giro) mínimo de 16,66%; *iv*) aptidão para gestão de postos de trabalho; *v*) experiência temporal. É o que se extrai do Acórdão 1.214/2013 TCU – Plenário, a saber:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

(...)

9.1.10 sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados:

9.1.10.1 índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL)

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Edição. Medeiros: São Paulo, 2013. Pág. 588 e 589.

ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação, índices calculados com base nas demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da licitação;

9.1.10.2 patrimônio líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação;

9.1.10.3 patrimônio líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados pela licitante com a Administração Pública e com empresas privadas, vigentes na data de abertura da licitação. Tal informação deverá ser comprovada por meio de declaração, acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social, e se houver divergência superior a 10% (para cima ou para baixo) em relação à receita bruta discriminada na DRE, a licitante deverá apresentar as devidas justificativas para tal diferença;

9.1.10.4 apresentação de certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

(...)

9.1.12 seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, para a contratação de até 40 postos de trabalho, atestado comprovando que a contratada tenha executado contrato com um mínimo de 20 postos e, para contratos de mais de 40 (quarenta) postos, seja exigido um mínimo de 50%;

9.1.13 seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, a obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 anos;

9.1.14 seja fixado em edital que a contratada deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços;

9.1.15 seja fixado em edital que somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior; (Acórdão 1.214/2013 – Plenário. Relator AROLDO CEDRAZ. Processo 006.156/2011-8. Representação. Data da sessão 22/05/2013)

É justamente esse um dos fundamentos adotados pela justiça do trabalho para efeito de condenação subsidiária da Administração Pública, quando, por dever de ofício, deveria ter selecionado a melhor proposta e a empresa mais qualificada para executar determinado serviço, mas, durante o curso da contratação, em razão da não aferição adequada da aptidão da contratada, verifica-se sua incapacidade técnica, operacional e financeira para a prestação contratual, resultando no inadimplemento de obrigações de natureza trabalhista e previdenciária.

Na mesma esteira, a justiça do trabalho preconiza a tese da culpa *in vigilando* como critério para atribuição da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, a partir da noção do dever de fiscalização e de acompanhamento da prestação contratual.

O dever imputado à Administração Pública de fiscalização e de averiguação do regular cumprimento do contrato pela contratada, por ser o elemento

preponderante na conformação da sua responsabilidade subsidiária, merece análise em apartado a seguir.

3.4. O regime jurídico dos contratos administrativos e o *poder-dever* de fiscalização

Os contratos de direito privado, de regra, situam as partes no mesmo plano jurídico diante de um conjunto de direitos e obrigações, inexistindo supremacia de uma sobre a outra, presente esse nivelamento durante todo o curso da avença. Contudo, não é essa realidade que se formata nos vínculos contratuais estabelecidos pelo Poder Público com os particulares, porquanto eles visam atingir um fim útil para a coletividade, fato que confere à Administração posição de supremacia em relação ao contratado⁶³.

Dentro dessa lógica de culpa (*in vigilando* ou *in eligendo*), compete à Administração, na sua esfera de competência, acompanhar e fiscalizar a execução do contrato administrativo, exatamente para que o objetivo final da contratação seja alcançado, a teor do que dispõe o art. 67 da Lei 8.666/93:

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

§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Aliás, policiar e controlar a execução do objeto e acompanhar de forma concentrada o andamento das atividades consiste em uma prerrogativa especial do Poder Público contratante, inerente ao regime jurídico dos contratos administrativos, que é recheado por cláusulas exorbitantes outorgadas pela lei, o que confirma sua posição de supremacia na relação contratual⁶⁴, consoante prescreve o art. 58, inc. III, da Lei 8.666/93.

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

(...)

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

⁶³ CARVALHO, José Santos Filho. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª Edição. Atlas, 03/2018. [Minha Biblioteca]. Pág. 185.

⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 205.

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça cimentou firme jurisprudência quanto à existência das cláusulas exorbitantes:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESCISÃO. INDENIZAÇÃO.

1. Distinguem-se os contratos administrativos dos contratos de direito privado pela existência de cláusulas ditas exorbitantes, decorrentes da participação da administração na relação jurídica bilateral, que detém supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste, por meio de edital de licitação, utilizando normas de direito privado, no âmbito do direito público. 2. Os contratos administrativos regem-se não só pelas suas cláusulas, mas, também, pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente as normas de direito privado. 3. A Administração Pública tem a possibilidade, por meio das cláusulas chamadas exorbitantes, que são impostas pelo Poder Público, de rescindir unilateralmente o contrato. 4. O Decreto-Lei nº 2.300/86 é expresse ao determinar que a Administração Pública, mesmo nos casos de rescisão do contrato por interesse do serviço público, deve ressarcir os prejuízos comprovados, sofridos pelo contratado. 5. Recurso especial provido em parte. (REsp 737.741/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 01/12/2006, p. 290)

Isso porque, ao Poder Público, pertencem todas as prerrogativas indispensáveis ao atendimento do interesse público, de modo que pode [e deve] adotar as providências administrativas necessárias para tanto, observada a dualidade do contrato administrativo e a proteção dos interesses privados do particular contratado⁶⁵.

À vista da supremacia do interesse público, a Administração não pode assumir posição passiva, como se o contratado fosse cumprir espontaneamente todas as obrigações contratuais, cabendo a ela, de forma preventiva, durante a execução do contrato, verificar se a empresa cumpre todas as etapas e fases e se o objetivo da contratação foi efetivamente alcançado, na lição de Lucas Furtado⁶⁶.

Dáí porque se diz que muito além de um *poder* é a fiscalização do contrato administrativo um *dever* jurídico atribuído à Administração Pública, cabendo a ela, além de fiscalizar a execução física do objeto, administrar os eventos administrativos (aplicação de sanção, controle de prazo, reequilíbrio econômico-financeiro, controles das exigências para fins de prorrogação, controles das exigências para fins de pagamento das futuras, dentre outras providências)⁶⁷.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Edição. Medeiros: São Paulo, 2013. Pág. 636.

⁶⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Pág. 300-301.

⁶⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª Edição. Saraiva, 11/2011. [Minha Biblioteca]. Pág. 772.

E, exatamente por essa razão, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho promoveu uma interpretação sistemática da Lei 8.666/93 em conjunto com a declaração de constitucionalidade do seu art. 71, § 1º, de modo a equacionar a parcela de responsabilidade e obrigação da Administração Pública com as consequências do inadimplemento desse seu dever.

Por conseguinte, o exercício regular e vigoroso do *poder-dever* fiscalização, sem a presença de qualquer elemento de desídia ou negligência, também tem o potencial de afastar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública atribuída pela jurisprudência da justiça do trabalho.

No entanto, é preciso delimitar qual é o nível de intensidade da fiscalização exigida do Poder Público para isentar sua responsabilidade e em que medida está satisfeita sua obrigação legal de mitigar o risco de inadimplemento do particular, observação aventada de forma feliz pelo Min. Luis Roberto Barroso em *obter dictum* no voto exarado na análise do Recurso Extraordinário 760.931.

Em outras palavras, importa definir quais são as providências mínimas esperadas da Administração Pública no acompanhamento de um contrato administrativo de terceirização e estipular os parâmetros ideais de fiscalização.

Consequentemente, dimensionadas as providências administrativas mínimas esperadas da Administração Pública no tocante à fiscalização de contratos de terceirização, essas mesmas medidas devem ser arguidas e comprovadas pela própria Administração Pública reclamada numa eventual ação que pleiteie sua responsabilização subsidiária, sob pena de configurar a dita culpa *in vigilando*.

A adoção intempestiva ou mesmo a falta das medidas elencadas exemplificativamente a seguir é um dos elementos indicativos da ausência de fiscalização ou da ineficiência da atuação estatal, conduzindo à correta interpretação da justiça trabalhista acerca da culpa *in vigilando* da Administração Pública e, consequentemente, da sua responsabilização de forma subsidiária.

Para elidir sua responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas e previdenciárias, compete à Administração Pública, quando instada a apresentar contestação na audiência inaugural, comprovar que exerceu seu dever legal de averiguar o cumprimento regular e satisfatório do contrato administrativo, acostando aos autos todos os documentos probatórios da sua atuação, seja porque detém maior facilidade para a produção dessa prova, seja porque ao empregado é extremamente dificultoso produzir uma prova negativa de omissão.

Isso porque, por óbvio, quem pode apresentar os documentos comprobatórios do exercício regular da fiscalização não é outra pessoa senão a própria Administração Pública, por dispor desses arquivos em seus assentos.

Vejamos algumas das medidas com respaldo legal que podem ser tomadas pelo Poder Público, a fim de mitigar o risco de condenação subsidiária:

3.4.1. Acórdão 1.214/2013 TCU – Plenário e os Documentos Exigíveis

O precitado Acórdão 1.214/2013 do Tribunal de Contas da União, proveniente dos estudos desenvolvidos por um grupo de trabalho constituído por servidores de diversos órgãos, teve por objetivo a formulação de propostas de melhoria para mitigar os problemas e riscos advindos da execução de contratos de terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública Federal.

Ao fim dos trabalhos, foram propostos vários procedimentos para o aprimoramento da execução de contratos dessa natureza, que serão abreviadamente analisados.

Inicialmente, importante mencionar o desígnio do Tribunal de Contas de afastar a exigência de avaliação exaustiva e totalizante de múltiplos documentos trabalhistas e previdenciários como condição para o pagamento dos serviços, tracionando a estratégia de fiscalização para uma metodologia por amostragem e estatística:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

9.1.1 que os pagamentos às contratadas sejam condicionados, exclusivamente, à apresentação da documentação prevista na Lei 8.666/93;

(...)

9.1.7 somente sejam exigidos documentos comprobatórios da realização do pagamento de salários, vale-transporte e auxílio alimentação, por amostragem e a critério da administração;

9.1.8 seja fixado em contrato como falta grave, caracterizada como falha em sua execução, o não pagamento do salário, do vale-transporte e do auxílio alimentação no dia fixado, que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e da declaração de impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002;

9.1.9 a fiscalização dos contratos, no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas, deve ser realizada com base em critérios estatísticos, levando-se em consideração falhas que impactem o contrato como um todo e não apenas erros e falhas eventuais no pagamento de alguma vantagem a um determinado empregado.

(Acórdão 1.214/2013 – Plenário. Relator AROLDO CEDRAZ. Processo 006.156/2011-8. Representação. Data da sessão 22/05/2013)

Isso porque a Administração Pública, visando eliminar o risco de condenação subsidiária, passou a exigir excessivos documentos comprobatórios do adimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, de complexa e custosa análise e que, por vezes, extrapolavam os conhecimentos técnicos dos fiscais, tais como a GFIP, GRF, RE, RET, GPS, carteiras de trabalho, folhas de pagamento analítica, CAGED, RAIS, recibos de férias, comprovantes de depósito do vale-transporte e do auxílio alimentação, dentre outros vários.

A demasiada exigência de documentos comprobatórios da quitação de encargos trabalhistas e previdenciários, além de burocratizar procedimentos e atrasar os pagamentos devidos ao prestador dos serviços, introduz na estrutura administrativa interna do órgão um verdadeiro departamento de pessoal e contabilidade para tratar desses documentos, onerando a máquina pública, sem a obtenção da efetiva vantagem na redução dos incidentes de inadimplemento contratual.

Aliás, essa foi a magistral consideração aventada pelo Min. Luís Roberto Barroso no seu voto proferido em análise ao Recurso Extraordinário 760.931, argumentando sobre a positividade da metodologia de fiscalização por amostragem.

Assim, a técnica de avaliação por amostragem e estatística, além de tornar mais eficiente o acompanhamento do contrato ao permitir que o fiscal se debruce sobre outras questões relativas à execução, também propicia o alcance do mesmo resultado, qual seja, a avaliação periódica do adimplemento dos encargos trabalhistas e previdenciários, em frequência suficiente para resguardar a normalidade da contratação.

A orientação do Tribunal de Contas da União, contudo, não perde de vista o dever atribuído ao fiscal de acompanhar regularmente o recolhimento dos encargos previdenciários e do FGTS, mediante *i)* a avaliação amostral dos extratos dos colaboradores, *ii)* a exigência de apresentação das certidões de regularidade; e *iii)* a retenção de 11% do valor da fatura como substituto tributário; e *iv)* a notificação ao órgão competente quando identificada alguma irregularidade nesses recolhimentos:

9.1.5 quanto à fiscalização dos contratos a ser realizada pela administração com o objetivo de verificar o recolhimento das contribuições previdenciárias, observar os aspectos abaixo:

9.1.5.1 fixar em contrato que a contratada está obrigada a viabilizar o acesso de seus empregados, via internet, por meio de senha própria, aos sistemas da Previdência Social e da Receita do Brasil, com o objetivo de verificar se as suas contribuições previdenciárias foram recolhidas;

9.1.5.2 fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização;

9.1.5.3 fixar em contrato como falta grave, caracterizada como falha em sua execução, o não recolhimento das contribuições sociais da Previdência Social, que poderá dar ensejo à rescisão da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002.

9.1.5.4 reter 11% sobre o valor da fatura de serviços da contratada, nos termos do art. 31, da Lei 8.212/93;

9.1.5.5 exigir certidão negativa de débitos para com a previdência – CND, caso esse documento não esteja regularizado junto ao Sicaf;

9.1.5.6 prever que os fiscais dos contratos solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados que verifiquem se essas contribuições estão ou não sendo recolhidas em seus nomes. O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano – sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez para um mesmo empregado, garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle;

9.1.5.7 comunicar ao Ministério da Previdência Social e à Receita do Brasil qualquer irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias.

(...)

9.1.6 quanto à fiscalização dos contratos a ser realizada pela Administração com o objetivo de verificar o recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, observe os aspectos abaixo:

9.1.6.1 fixar em contrato que a contratada é obrigada a viabilizar a emissão do cartão cidadão pela Caixa Econômica Federal para todos os empregados;

9.1.6.2 fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização;

9.1.6.3 fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento do FGTS dos empregados, que poderá dar ensejo à rescisão unilateral da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002.

9.1.6.4 fixar em contrato que a contratada deve, sempre que solicitado, apresentar extrato de FGTS dos empregados;

9.1.6.5 solicitar, mensalmente, Certidão de Regularidade do FGTS;

9.1.6.6 prever que os fiscais dos contratos solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados extratos da conta do FGTS e os entregue à Administração com o objetivo de verificar se os depósitos foram realizados pela contratada. O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano – sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez em um mesmo empregado, garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle;

9.1.6.7 comunicar ao Ministério do Trabalho qualquer irregularidade no recolhimento do FGTS dos trabalhadores terceirizados.

(Acórdão 1.214/2013 – Plenário. Relator AROLDO CEDRAZ. Processo 006.156/2011-8. Representação. Data da sessão 22/05/2013)

Nada obstante, ainda que o Tribunal de Contas da União propugne tal entendimento, é importante salientar que os contratos de terceirização de serviços que envolvem a cessão de mão de obra têm como parte substancial integrada na sua essência a gestão de pessoas, compreendendo, portanto, o pagamento das obrigações trabalhistas e previdenciárias desses funcionários, de maneira que é razoável e prudente, no mínimo, a comprovação de pagamento dos salários dos colaboradores antes da liquidação da despesa, dever legal atribuído à prestadora do serviço e que deveria ser pago até o 5º dia útil do mês subsequente.

Logo, a melhor estratégia para o exercício da fiscalização de contratos de terceirização de serviços é a demanda periódica, por amostragem e com frequência moderada de alguns dos documentos mencionados acima, como a GFIP, GRF, RE, RET, GPS, carteiras de trabalho, folhas de pagamento analítica, CAGED, RAIS, recibos de férias, comprovantes de depósito do vale-transporte e do auxílio alimentação, a fim de visitar as rotinas de trabalho da contratada e averiguar a normalidade do cumprimento dessas obrigações de cunho trabalhista e previdenciário.

Entretanto, por outro lado, mensalmente e antes da liquidação e do pagamento da despesa ao particular contratado, deveria a Administração Pública contratante avaliar se, ao menos, a remuneração dos empregados foi paga regularmente através da verificação amostral de um número relevante de contracheques e recibos a serem exigidos da contratada, por se tratar de verba trabalhista elementar, porquanto, como dito, a gestão de mão de obra é da essência do contrato de terceirização e o pagamento irregular dos salários é um forte indicativo de inadimplemento generalizado do contrato.

3.4.2. Retenção de Créditos ou da Garantia e Pagamento Direto

Uma alternativa indispensável para afastar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas e previdenciários é, justamente, a retenção dos créditos da contratada ou da garantia por ela constituída, no exato montante dos créditos dos empregados terceirizados, quando inadimplidos, uma vez que eventual condenação subsidiária ou solidária do órgão ou entidade contratante poderá onerar o erário, resultando em prejuízo pecuniário aos cofres públicos.

A retenção dos pagamentos é, portanto, uma medida acautelatória adotada pelo Poder Público, que deve atuar de ofício, computando os valores inadimplidos pelo prestador do serviço e destacando o recurso necessário para efetuar o pagamento direto na conta dos colaboradores, quando as parcelas trabalhistas forem de pronto conhecidas, ou consignar judicialmente os valores retidos até decisão judicial que atribua a destinação ao credor de fato.

Aliás, a retenção dos pagamentos devidos ao contratado nada mais é do que a **exceção do contrato não cumprido**, preceito inserto no art. 476 do CC e aplicável supletivamente aos contratos administrativos por força do art. 54 da Lei 8.666/93:

Lei 8.666/93

Art. 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.

Código Civil

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

À vista da exceção do contrato não cumprido, a contratada não pode exigir que a Administração solva o pagamento devido enquanto suas próprias parcelas de obrigação não forem integralmente adimplidas, mormente quando estas puderem repercutir diretamente em direitos de terceiros em condição vulnerável, é dizer, não pode o trabalhador suportar a causa.

Em outras palavras, o que não pode haver é, de forma alguma, a privação dos empregados terceirizados do acesso aos valores que lhes são devidos e, por via de consequência, o agravamento do erário.

A recomendação expedida pelo Tribunal de Contas da União no já mencionado Acórdão 1.214/2013 – Plenário, após estudo aprofundado, foi a seguinte:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

(...)

9.1.2 prever nos contratos, de forma expressa, que a administração está autorizada a realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas;

9.1.3 que os valores retidos cautelarmente sejam depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento. (Acórdão 1.214/2013 – Plenário. Relator AROLDO CEDRAZ. Processo 006.156/2011-8. Representação. Data da sessão 22/05/2013)

Assim, a depender das condições estabelecidas no instrumento convocatório disciplinador da contratação, poderá a Administração Pública efetuar a retenção do crédito/garantia e promover o pagamento direto na conta dos empregados envolvidos, como se depreende do Anexo VII-B da Instrução Normativa N° 05/2017 da SLTI/MPOG, instrução vinculante aos órgãos que fazem parte do Sistema SIGS da Administração Pública Federal:

ANEXO VII-B DIRETRIZES ESPECÍFICAS PARA ELABORAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO 1. Dos mecanismos de controle interno: 1.1. Para atendimento do disposto no art. 18, o ato convocatório deverá conter uma das seguintes regras: a) Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação; ou
 (...) 1.2. No caso da Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação, os órgãos e entidades deverão adotar:
 (...) d) a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto nas faturas e realizar os pagamentos dos salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos trabalhadores, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos;

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União corrobora o posicionamento de interrupção dos pagamentos quando não quitadas as obrigações trabalhistas e de seguridade social pela contratada, como se depreende do Acórdão 1.402/2008 – Plenário; do Acórdão 9.532/2011 – Primeira Câmara e do Acórdão 3.301/2015 – Plenário:

(...) é admissível a retenção de pagamentos, porém, limitada aos prejuízos efetivamente causados ao Poder Público e apenas nos contratos em que a Administração seja tomadora dos serviços e possa, eventualmente, responder pela inadimplência do contratado relativamente a tais encargos. A retenção, neste caso, será tão-somente no sentido de resguardar a Administração e não de obter vantagem indevida, locupletando-se indevidamente à custa do contratado. (ACÓRDÃO N° 1.402/2008 – TCU – Plenário, RAIMUNDO CARREIRO, Ministro Relator, Processo n° 017.366/2005-5)

Nos moldes das determinações ao Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, expressas nos itens 9.3.1 e 9.3.15 do Acórdão n° 740/2004-Plenário, poderia a contratante incluir no contrato em tela cláusula facultando à Administração a possibilidade de retenção de pagamentos devidos, caso as contratadas não estejam regulares com a seguridade social, efetuando os pagamentos decorrentes de obrigações assumidas somente mediante a verificação da situação da regularidade fiscal do credor. (ACÓRDÃO N° 9.532/2011 – TCU – Primeira Câmara, JOSÉ MUCIO MONTEIRO, Ministro Relator, Processo n° 018.684/2009-7)

REPRESENTAÇÃO. CEAGESP. PREGÃO PRESENCIAL. COLETA SELETIVA, TRANSPORTE E DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS. CONCESSÃO DE CAUTELAR. OITIVA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. CIÊNCIA. 1. É legal retenção parcial de valores devidos à prestadora de serviços continuados com dedicação de mão de obra, para fazer frente ao

descumprimento de obrigações trabalhistas. 2. A possibilidade de retenção parcial tem como fundamento os "poderes implícitos", princípio basilar de hermenêutica constitucional, segundo o qual a outorga de competência a determinado ente estatal importa no deferimento implícito, a esse mesmo ente, dos meios necessários à sua consecução. 3. Retenção parcial não constitui sanção, mas medida preventiva e acautelatória, destinada a evitar que a inadimplência da contratada com suas obrigações trabalhistas cause prejuízo ao erário. 4. Somente é possível retenção de valores devidos à contratada, por descumprimento de obrigação contratual acessória, nos casos em que o ente estatal possa ser responsabilizado por essas obrigações, que não é o caso do descumprimento de obrigações comerciais e fiscais stricto sensu, nem da inadimplência de obrigações trabalhistas relativas a empregados não dedicados exclusivamente ao contrato. 5. Retenção integral dos pagamentos à contratada só é admissível nas hipóteses de inadimplemento de obrigações trabalhistas com valores superiores aos devidos pela Administração e de desconhecimento do montante inadimplido. 6. À exceção da hipótese de inadimplemento em valores superiores aos devidos à Administração, retenção integral não pode dar-se por prazo indeterminado, para não caracterizar enriquecimento ilícito da Administração. Como regra, deve ser mantida por prazo suficiente para quantificação das obrigações não adimplidas, após o que deverá ser convertida em retenção parcial. 7. É lícita a previsão contratual de provisionamento, em conta vinculada, de valores relativos a férias, décimo terceiro e multa sobre o FGTS, prevista no art. 19-A, I, da IN/SLTI/MP 6/2013, haja vista tratar-se de procedimento de pagamento de valores devidos, e como tal, livremente pactuável pelas partes. 8. Não é ilícita a previsão contratual de retenção parcial de faturas em montantes correspondentes aos valores reclamados judicialmente pelos empregados da prestadora de serviços, haja vista que tais valores não apresentam, necessariamente, correspondência com os efetivamente devidos pela empresa. (Acórdão 3.301/2015 – PLENÁRIO. Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES. Processo 033.728/2013-5. REPRESENTAÇÃO. Data da sessão: 09/12/2015. Revisor BENJAMIN ZYMLER)

A incompatibilidade entre os serviços prestados e o objeto do contrato permite a suspensão dos pagamentos, nos termos do Acórdão 1.450/2011 TCU – Plenário:

É dever do gestor público responsável pela condução e fiscalização de contrato administrativo a adoção de providências tempestivas a fim de suspender pagamentos ao primeiro sinal de incompatibilidade entre os produtos e serviços entregues pelo contratado e o objeto do contrato (...) (ACÓRDÃO Nº 1.450/2011 – TCU – Plenário, AUGUSTO NARDES, Ministro Relator, Processo nº 021.726/2007-4)

Para além disso, a Instrução Normativa Nº 05/2017 da SLTI/MPOG, também prescreve a retenção como mecanismo idôneo do órgão contratante para assegurar as verbas trabalhistas dos empregados terceirizados, a teor do que dispõem os arts. 64 e 65, *in verbis*:

Seção IV – Das Hipóteses de Retenção da Garantia e de Créditos da Contratada Art. 64. Quando da rescisão dos contratos de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o fiscal administrativo deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou dos documentos que comprovem que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho.

Art. 65. Até que a contratada comprove o disposto no artigo anterior, o órgão ou entidade contratante deverá reter:

I - a garantia contratual, conforme art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, prestada com cobertura para os casos de descumprimento das obrigações de natureza trabalhista e previdenciária pela contratada, que será executada para reembolso dos prejuízos sofridos pela Administração, nos termos da legislação que rege a matéria; e

II - os valores das Notas fiscais ou Faturas correspondentes em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação seja regularizada.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no inciso II do caput, não havendo quitação das obrigações por parte da contratada no prazo de quinze dias, a contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços objeto do contrato.

Art. 66. O órgão ou entidade poderá ainda:

I - nos casos de obrigação de pagamento de multa pela contratada, reter a garantia prestada a ser executada conforme legislação que rege a matéria; e

II - nos casos em que houver necessidade de ressarcimento de prejuízos causados à Administração, nos termos do inciso IV do art. 80 da Lei n.º 8.666, de 1993, reter os eventuais créditos existentes em favor da contratada decorrentes do contrato.

Parágrafo único. Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá a contratada pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente;

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça fixou em diversos precedentes⁶⁸ a tese de que é ilegal a retenção dos pagamentos devidos pela Administração Pública à contratada sob o fundamento da irregularidade fiscal quando os serviços já houverem sido prestados, o que, contudo, não se amolda à situação delineada no presente capítulo, por não se tratar de hipótese de retenção em virtude da restrição fiscal da contratada, mas sim face ao inadimplemento contratual.

Nesse ponto, é crucial que a Administração Pública ao elaborar o Edital de Licitação e as minutas que o integram antever a possibilidade de retenção dos créditos no montante suficiente para adimplir os encargos trabalhistas não satisfeitos pela contratada, o que se coaduna com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho.

3.4.3. Processos Administrativos de Apuração de Responsabilidade

Identificado o descumprimento do contrato administrativo de terceirização, em especial o inadimplemento dos encargos trabalhistas e previdenciários em face dos obreiros, o fiscal responsável pelo acompanhamento da avença deve, de

⁶⁸ Vejam-se os Acórdãos no AgRg no AREsp 67.265/DF e REsp 633.432/MG

imediatamente, comunicar a autoridade competente para que o setor responsável adote as medidas indispensáveis à instrução do processo.

Aliás, a anotação em registro próprio de todas as ocorrências atinentes à execução do contrato é incumbência imposta à fiscalização por força do art. 66, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.666/93:

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

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

Os Processos de Apuração de Responsabilidade (PAAR) são um conjunto de atos administrativos destinados a averiguar as práticas ilícitas decorrentes do inadimplemento dos contratos administrativos pelos contratados e regulam-se, em geral, pelas disposições próprias da Lei 8.666/93, da Lei 10.520/02 e, subsidiariamente, da Lei 9.784/99, além de outros comandos normativos específicos.

É o que preceitua também a Instrução Normativa Nº 05/2017 da SLTI/MPOG no art. 68:

Art. 68. Identificada a infração ao contrato, inclusive quanto à inobservância do prazo fixado para apresentação da garantia, o órgão ou entidade deverá providenciar a autuação de procedimento administrativo específico para aplicação de sanções à contratada e a consequente rescisão contratual, se for o caso, de acordo com as regras previstas no ato convocatório, na legislação correlata e nas orientações estabelecidas em normativo interno do órgão ou entidade, quando houver, podendo utilizar como referência os Cadernos de Logística disponibilizados pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Relembre-se que consiste em um *dever-poder* da Administração aplicar penalidades quando forem verificadas inadimplências contratuais, em atendimento aos princípios administrativos norteadores das contratações públicas, não podendo o gestor se furtar desse mister, consoante a jurisprudência do TCU assentada no Acórdão 2445/2012 – Plenário:

“(…) não se encontra na esfera de disponibilidade do gestor da (...) deixar de multar a contratada, eis que lhe incumbe agir proativamente, respaldado no ordenamento jurídico e nas previsões legais, editalícias e contratuais que regem a avença com a recorrente, não lhe sendo legítimo omitir-se nem renunciar às prerrogativas conferidas à administração em situações da espécie (precedentes: Acórdão 1262/2009 e 949/2010, ambos do Plenário).” (ACÓRDÃO Nº 2445/2012 – TCU – Plenário, VALMIR CAMPELO Ministro-Relator, Processo nº TC 012.106/2009-6.)

É, portanto, dever do administrador público adotar providências e medidas para coibir a infração dos particulares contratados, cominando as sanções administrativas prescritas em lei após a apuração dos descumprimentos contratuais em processo administrativo específico.

Essa atuação precavida do gestor público tem por finalidades precípuas: *i)* reprimir a conduta desconforme às disposições contratuais; *ii)* ajustar o comportamento do particular; *iii)* desestimular a reincidência das infrações perpetradas pelo contratado; ou, em último caso, dada a gravidade da medida, *iv)* promover a rescisão unilateral do contrato administrativo.

Logo, a intempestividade da providência administrativa ou o retardo desidioso dos servidores responsáveis pela fiscalização e pela gestão do contrato configuram mais uma evidência que pode servir de lastro para a comprovação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

Significa dizer que a não deflagração do competente Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade ou sua instauração tardia é mais um elemento que fortalece o argumento da responsabilização subsidiária, porquanto a Administração contratante não adotou medidas hábeis a minorar os prejuízos causados pelo inadimplemento do prestador do serviço, os quais, em última análise, resultam em prejuízo direto para os empregados, que deixaram de receber suas verbas trabalhistas.

3.4.4. Rescisão Unilateral

Em face do princípio *pacta sunt servanda*, mantidas as condições originais da contratação e o estado de coisas, as obrigações avençadas pelas partes devem ser integralmente cumpridas, a teor do que dispõe o art. 66 da Lei 8.666/93.

Por óbvio, o não pagamento dos salários e demais benefícios dos empregados terceirizados alocados pela contratada para prestar serviços nas dependências da contratante configura nítido inadimplemento contratual, total ou parcial, absoluto ou relativo, mais ou menos grave, a depender das circunstâncias.

De uma forma ou de outra, a reiteração de irregularidades na execução do objeto denota a inaptidão do contratado para executar aquele contrato em específico, ainda que ele tenha sido regularmente habilitado e qualificado ou mesmo que essa

incompetência seja superveniente e transitória, haja vista que a Administração não pode ser leniente com a falta dos seus contratados, salvo os casos fortuitos ou de força maior⁶⁹.

Diga-se, ainda, que a irregularidade ou o lapso no pagamento das verbas trabalhistas e previdenciárias configura falta de cunho grave, consoante o Acórdão 1.214/2013 – Plenário do Tribunal de Contas da União.

Afinal, não parece razoável que a Administração mantenha relação contratual com uma empresa não detém capacidade técnica-operacional tampouco condições econômico-financeiras para arcar com as obrigações e cumprir integralmente o objeto, suprimindo o pagamento das verbas trabalhistas dos funcionários destacados para prestar os serviços, mormente quando essa é uma das obrigações mais relevantes e substanciais no contrato de terceirização.

Seja como for, dada a gravidade da conduta, a rescisão unilateral é medida que se impõe ao gestor público, providência administrativa esta que deve ser tomada a tempo de evitar maiores prejuízos tanto para a Administração Pública quanto para o próprio trabalhador envolvido.

A rescisão unilateral de contratos administrativos é uma prerrogativa especial conferida à Administração Pública, compreendida entre as denominadas cláusulas exorbitantes acima aludidas, elencadas no art. 58 da Lei 8.666/93:

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

(...)

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

(...)

A Lei 8.666/93 enumera as hipóteses e causas para a rescisão do contrato administrativo, estabelecendo como relevante critério de motivação para o rompimento do vínculo contratual o não cumprimento ou o cumprimento irregular das cláusulas, projetos, prazos ou especificações, conformando a inexecução total ou parcial, como se depreende dos arts. 77 e 78:

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

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

⁶⁹ CHIARADIA, Benedito Dantas. **As licitações e os contratos administrativos: crítica e prática da Lei n° 8.666/1993 e da Lei n°12.462/2011**. Rio de Janeiro: GZ, 2013. Pág. 465.

- II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;
- III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
- IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
- V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;
- (...)
- VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;
- VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1o do art. 67 desta Lei;

A inexecução total ou parcial do contrato propicia a sua rescisão e não exaure as consequências jurídicas pelo descumprimento, quando mais se referir a uma irregularidade insanável e grave o suficiente para que a Administração promova a contratação de outrem capaz de dar seguimento à prestação contratual⁷⁰.

Logo, não resta alternativa à Administração senão promover a resolução do pacto, com maior razão quando a contratada demonstra não deter a aptidão técnica e o lastro financeiro-patrimonial imprescindíveis para honrar as obrigações contraídas, em especial frente aos colaboradores empregados.

A orientação da Corte de Contas é justamente no sentido de que devem ser empregadas, em tempo hábil, as medidas administrativas necessárias quando verificados inadimplementos, tal qual a rescisão, nos termos do Acórdão 1.450/2011 TCU – Plenário:

1. É dever do gestor público responsável pela condução e fiscalização de contrato administrativo a adoção de providências tempestivas a fim de suspender pagamentos ao primeiro sinal de incompatibilidade entre os produtos e serviços entregues pelo contratado e o objeto do contrato, cabendo-lhe ainda propor a formalização de alterações qualitativas quando de interesse da Administração, ou a rescisão da avença, nos termos estabelecidos na Lei nº 8.666/1993.
2. A falta de qualquer das providências acima configura conduta extremamente reprovável, que enseja a irregularidade das contas, a condenação dos gestores ao ressarcimento do dano ao erário e a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/1992. (ACÓRDÃO Nº 1.450/2011 – TCU – Plenário, AUGUSTO NARDES, Ministro Relator, Processo nº 021.726/2007-4)

Eis, portanto, mais um documento idôneo para demonstrar que a Administração Pública promoveu a adequada fiscalização do contrato, peça que necessariamente deve ser acostada aos autos da reclamação trabalhista que intente a condenação subsidiária do Poder Público.

⁷⁰ JUSTEN, Marçal Filho. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Págs. 1083/1084 e 1089.

3.4.5. Garantia Contratual

A garantia representa um instrumento de eliminação de riscos do insucesso da contratação, como cautela para evitar prejuízos ao patrimônio público, e pode ser exigida apenas nas hipóteses em que se faça necessária. No entanto, quando inexisterem riscos de lesão ao interesse estatal, a Administração não precisará impor a sua constituição⁷¹.

Para assegurar o cumprimento regular do contrato administrativo, a Administração Pública pode [e deve] exigir a constituição de garantia contratual, nas modalidades de caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, de seguro-garantia ou de fiança bancária, com fundamento legal no art. 56 da Lei 8.666/93.

Por óbvio que nas contratações de terceirização de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra a garantia é mais do que necessária: é uma medida imprescindível para assegurar a incolumidade do patrimônio público. Isso porque o índice de inadimplemento de contratos administrativos dessa natureza é bastante significativo, de maneira que a constituição da garantia é um dos meios idôneos para preservar o erário na hipótese de eventual condenação subsidiária do Poder Público.

É por essa razão que os instrumentos convocatórios passaram a dispor de cláusula detalhada quanto à garantia contratual a ser prestada pelo contratado, com exigência expressa de cobertura adicional referente às obrigações trabalhistas e previdenciárias não honradas pela contratada, após a condenação da Administração Pública em juízo.

No mesmo sentido, orienta a Corte de Contas:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

9.1.4 fazer constar dos contratos cláusula de garantia que assegure o pagamento de:

9.1.4.1 prejuízos advindos do não cumprimento do contrato;

9.1.4.2 multas punitivas aplicadas pela fiscalização à contratada;

9.1.4.3 prejuízos diretos causados à contratante decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;

9.1.4.4 obrigações previdenciárias e trabalhistas não honradas pela contratada.

(Acórdão 1.214/2013 – Plenário. Relator AROLDO CEDRAZ. Processo 006.156/2011-8. Representação. Data da sessão 22/05/2013)

⁷¹ JUSTEN, Marçal Filho. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 940/941.

A não constituição de garantia na hipótese de contratação terceirizada assim como a sua não exibição em juízo é outro dos indícios que podem conformar a responsabilidade subsidiária do Poder Público.

3.4.6. Consignação em Pagamento

A consignação em pagamento consiste no depósito judicial ou em estabelecimento bancário da quantia ou coisa devida⁷². É, pois, um remédio conferido pela lei ao devedor para, de modo indireto, efetuar o pagamento e liberar-se do liame obrigacional⁷³, consoante o art. 334 do Código Civil:

Art. 334. Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais.

A jurisprudência é uníssona no sentido de que a consignação é, em verdade, uma modalidade de extinção da obrigação com força de pagamento, isto é, cujo objetivo é exonerar o devedor de sua obrigação, consoante os Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça AgRg no REsp 947.460/RS e REsp 659.779/RS.

A modalidade de consignação a ser escolhida deve ser a judicial, cujo procedimento é regulado pelos arts. 539 a 549 do Código de Processo Civil (2015), fundada na dúvida real acerca de quem deve legitimamente receber o objeto do pagamento ou, ainda, se pender litígio sobre esse objeto, nos termos do art. 335, incs. IV e V, do Código Civil:

Art. 335. A consignação tem lugar:
(...)
IV - se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento;
V - se pender litígio sobre o objeto do pagamento.

Registre-se, por relevante, que a consignação em pagamento é ação de aplicabilidade supletiva no Direito Processual Trabalhista, consoante o permissivo inserto no art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

⁷² PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. II - Teoria Geral das Obrigações**. 29ª Edição. Forense, 01/2017. Pág. 201/209.

⁷³ RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil 2 - Parte Geral das Obrigações**. 30ª Edição - 2007 - Coleção Direito Civil. Saraiva, 07/2002. Pág. 165/174.

O depósito faz cessar os juros e os riscos sobre a coisa, conforme preceituam os arts. 337 do CC e 540 do CPC, salvo se julgada improcedente, além de assegurar o crédito do trabalhador, o que demonstra a importância dessa ação.

A sentença, de cunho declaratório, apenas reconhece a eficácia do depósito pela parte⁷⁴, consoante o precitado REsp 659.779/RS. Ressalte-se que essa ação tem natureza dúplice, podendo aproveitar tanto ao autor quanto ao réu, que pode efetuar o levantamento da quantia depositada desde logo e seguir no processo cuja sentença poderá reconhecer a insuficiência do depósito e permitir a formação de um título executivo em seu favor.

Outrossim, a Instrução Normativa N° 05/2017 da SLTI/MPOG prescreve que, na impossibilidade de pagamento direto em conta dos empregados prejudicados, a Administração contratante deve depositar os valores retidos na Justiça do Trabalho:

1.3. Quando não for possível a realização dos pagamentos a que se refere o item “d” do subitem 1.2 acima pela própria Administração, esses valores retidos cautelarmente serão depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS.

A consignação admite amplo debate sobre todas as questões correlatas ao pagamento, especialmente sobre a interpretação de cláusulas contratuais. Nesse sentido, os REsp 438.999/DF:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. ABRANGÊNCIA. A ação de consignação em pagamento admite discussão ampla sobre a liberação do devedor, mas é limitada a esse objeto, que não exige mais do que uma sentença de natureza declaratória; conseqüentemente, nela é possível decidir a respeito da interpretação de cláusulas contratuais, mas não acerca da respectiva invalidade, que supõe sentença com carga constitutivo-negativa. Recurso especial não conhecido. (REsp 438.999/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/11/2002, DJ 28/04/2003, p. 199)

Assim, tão logo tome ciência do inadimplemento da empresa contratada, incumbe à Administração Pública contratante promover a remessa dos autos à Advocacia Pública da União, dos Estados, do DF ou dos Municípios, para que esta, no exercício da sua competência, promova o depósito judicial da quantia na justiça do trabalho.

⁷⁴ THEODORO Jr., Humberto. **Novo Código de Processo Civil – Anotado**. 20ª Edição. Forense, 03/2016.

3.4.7. O critério para liquidação e pagamento de despesas públicas

É consentâneo com a melhor doutrina que a despesa pública possui uma série de estágios e fases, percorrendo uma linha cronológica desde o empenho da despesa até o seu efetivo pagamento.

O empenho é o ato prévio emanado da autoridade competente que precede a despesa e cria para o Estado a obrigação de pagamento, mediante a dedução do valor daquela despesa que será realizada da dotação orçamentária consignada, consistindo numa verdadeira garantia para o fornecedor ou prestador de serviços contratado, desde que observadas as cláusulas contratuais⁷⁵.

Contudo, o empenho da despesa não é uma garantia irrestrita de pagamento pela Administração Pública, nem o poderia ser. Assim, o pagamento da despesa somente poderá ser ordenado após sua regular liquidação, nos termos do art. 62 da Lei 4.320/64:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

A liquidação da despesa é a verificação do implemento da condição, para tornar a dívida líquida e certa e confirmar o direito do credor ao pagamento, averiguando de forma objetiva o cumprimento regular do contrato através de títulos e documentos comprobatórios, isto é, com o objetivo de perquirir, por exemplo, se a obra foi construída dentro das exigências contratuais ou se o serviço foi prestado de acordo com as especificações⁷⁶.

A fase de liquidação tem por finalidade, dentre outras, *i)* apurar a origem e o objeto do que se deve pagar, isto é, a razão/necessidade do gasto e o objetivo a ser alcançado; *ii)* apurar a importância a ser paga; e *iii)* identificar a quem ela deve ser paga, para, só então, no último estágio da despesa, ser ordenado o pagamento⁷⁷.

Não é por outra razão que o § 2º do art. 63 da Lei 4.320/64 preceitua que a liquidação da despesa terá por base, além do contrato e da Nota de Empenho, os comprovantes de entrega do material ou da prestação efetiva do serviço:

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

⁷⁵ MACHADO, José Teixeira Jr.; REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 31ª Edição. Rio de Janeiro: IBAM, 2003. Págs. 137 a 152.

⁷⁶ *Ibidem*. Págs. 137 a 152.

⁷⁷ *Ibidem*. Págs. 137 a 152.

- II - a importância exata a pagar;
 - III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.
- § 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:
- I - o contrato, ajuste ou acôrdo respectivo;
 - II - a nota de empenho;
 - III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Ora, se a própria norma que regulamenta a despesa pública demanda, antes do pagamento, a prévia liquidação, com a apuração da regularidade na prestação contratual, não poderia o Poder Público, em nenhuma hipótese, ordenar e efetuar o pagamento na pendência de obrigações trabalhistas ou previdenciárias da contratada frente aos colaboradores alocados para realizar os serviços terceirizados.

Portanto, o fiscal responsável pelo acompanhamento do contrato, antes de promover o ateste da fatura ou da nota fiscal, deve se certificar de que ao menos os salários dos empregados estão sendo normalmente pagos pela contratada.

Vale dizer, o inadimplemento dessas obrigações trabalhistas, que são a parte mais substancial do contrato de terceirização de serviços, não pode ser ignorado pelo gestor público, sob pena de pagamento irregular e, aí sim, a configuração da responsabilidade subsidiária.

Em outras palavras, o simples pagamento irregular ao contratado inadimplente, por si só, caracteriza a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, haja vista evidenciar que esta não exerceu sua obrigação legal de fiscalizar a prestação contratual tampouco de liquidar previamente a despesa, ordenando um pagamento antes do implemento das condições avençadas em contrato.

3.5. O Recurso Extraordinário 760.931

O Recurso Extraordinário 760.931 foi interposto pela União contra acórdão proferido pela Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, arguindo a recorrente, em apertada síntese, violação aos arts. 5º, inc. II, 97 e 102, § 2º, da Constituição Federal e à Súmula Vinculante N° 10 do STF, por entender ter a justiça trabalhista inobservado a decisão proferida pela Suprema Corte na ADC-16, condenando-a ao pagamento dos créditos trabalhistas de forma subsidiária.

A repercussão geral da matéria foi reconhecida em decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal por meio do Plenário Virtual, ementado da seguinte forma:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS EM

FACE DO INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/1993. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 603397 RG, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, julgado em 04/02/2010, DJe-067, DIVULG 15-04-2010, PUBLIC 16-04-2010)

Sintetizaremos, de forma breve, os argumentos esposados por cada um dos ministros que compuseram o julgamento do Recurso Extraordinário 760.931, cujo resultado foi o provimento do recurso interposto pela União e a fixação da seguinte tese de repercussão geral para os casos semelhantes ao paradigma:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

A Ministra Rosa Weber, em profundo, primoroso, extenso e profícuo voto, discorreu sobre *i)* a tendência empresarial da terceirização como fenômeno da globalização e seus reflexos nas relações de trabalho, com efeitos prejudiciais aos empregados terceirizados sob diversos enfoques; *ii)* a terceirização na Administração Pública como crescente estratégia de transferência de tarefas do setor público para o setor privado; *iii)* o marco legal da terceirização e a evolução da jurisprudência; *iv)* a evolução da responsabilidade civil do Estado desde a Teoria da Responsabilidade Estatal Subjetiva (caso *Blanco*) à Teoria do Risco Administrativo, esta última arrimada nos ideais de justiça comutativa e de repartição do ônus e encargos sociais, impondo a responsabilidade objetiva do Estado, independente de culpa, pelos danos decorrentes da atividade administrativa.

Contudo, a Ministra Rosa Weber reconheceu que o Supremo Tribunal Federal na ADC-16 não adotou a tese da responsabilidade objetiva, mas que foi aventada a possibilidade de responsabilização extracontratual subjetiva.

Ainda, salientou que no voto condutor da ADC-16, acompanhado pela maioria dos ministros, fixou-se o entendimento de que o art. 71 da Lei 8.666/93 não impediria o reconhecimento da responsabilidade subjetiva do ente público na hipótese de descumprimento da obrigação de fiscalizar o contrato. Assim, pelos fundamentos da decisão proferida na ADC-16 estaria vedada apenas a responsabilidade objetiva ou automática do ente público, como consequência imediata do inadimplemento.

Além disso, a Ministra Rosa sublinhou que, por ocasião da ADC-16, o Tribunal não adentrou na análise da questão probatória. Por esse motivo, discorreu sobre o ônus da prova e a aptidão para sua produção, assim como a possibilidade de distribuição

dinâmica. Afirmou que a presunção de legitimidade não afastaria o encargo probatório nos casos em que cabe à Administração Pública a guarda de determinados documentos, como prescreve o art. 37 da Lei 9.784/99, o que realizaria os princípios da boa-fé e da cooperação.

Acentuou que a culpa presumida por omissão estatal não representaria a condenação automática do Poder Público e que seria “inequivocamente desproporcional impor aos terceirizados o dever probatório quanto ao descumprimento da aludida fiscalização por parte da Administração Pública”.

Ademais, a Ministra Rosa Weber revisitou toda a normatização e a regulamentação acerca dos contratos administrativos, prevista tanto na Lei 8.666/93 quanto na Instrução Normativa N° 02/2008 SLTI/MPOG, assim como apresentou as proposições legislativas em curso, destacando que todas previam a responsabilização do tomador de serviços.

Por fim, desproveu o recurso da União, contrapondo-se à irresponsabilidade estatal e à imposição do encargo probatório ao trabalhador, situando a resolução da lide na responsabilidade subjetiva do Estado com culpa presumida.

O Ministro Edson Fachin acompanhou na íntegra o voto da min. Rosa Weber, desprovido o recurso da União.

Por sua vez, o Ministro Luis Roberto Barroso, também em excelente e perspicaz voto, acompanhou a relatora com o acréscimo de alguns adendos.

Afirmou que, a partir da ADC-16, o Poder Público não poderia ser responsabilizado de forma subsidiária automaticamente, mas que tal responsabilidade se configuraria caso demonstrada a omissão da Administração na fiscalização (culpa *in vigilando*), obrigação esta de meio e não de resultado.

Entretanto, apontou que diversas reclamações constitucionais evidenciariam que a justiça do trabalho somente alterou o fundamento da decisão, com alusão genérica à culpa *in vigilando* ou com o argumento frágil de que se houve inadimplemento é porque não houve fiscalização, pelo que manteve a postura de condenar automaticamente o Poder Público.

Reiterou que a responsabilidade não pode ser automática e, portanto, discorreu sobre a abrangência da fiscalização e a inviabilidade de averiguação de 100% das obrigações trabalhistas. Destarte, o método de fiscalização ideal seria aquele realizado por amostragem, haja vista que as normas reguladoras seriam complexas, extensas e de difícil compreensão ou execução, adotadas não por ser a forma mais adequada de

fiscalização, mas com o fim de proteger a Administração Pública em função das diversas condenações sofridas na justiça do trabalho. Nesse particular, abordou as medidas a serem adotadas caso identificada a irregularidade na execução do contrato, como a notificação da contratada e o pagamento em juízo.

Versou expressamente sobre o ônus da prova, aduzindo competir ao Poder Público o ônus de demonstrar que realizou a fiscalização adequada, pois seria desarrazoado atribuir ao trabalhador a prova de fato negativo.

Ao fim, negou provimento ao recurso da União.

Na sequência, o Ministro Luiz Fux inaugurou a divergência, sob o fundamento de que a *mens legis* da Lei 9.032/95, ao modificar e acrescer os §§ 1º e 2º do art. 71 da Lei 8.666/93 recusou a responsabilidade subsidiária da Administração Pública ao passo em que criou a responsabilidade solidária fiscal com relação aos encargos previdenciários.

Ressalvou o sentimento paradoxal de proteção ao trabalhador, contudo, se ateu à solução da ADC-16 e a *ratio legis* da Lei nº 9.032/95, que somente teria criado a responsabilidade solidária pelos encargos fiscais previdenciários; e, no mesmo momento que poderia ter erigido uma responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas, não o fez.

A intenção do legislador seria, pois, excluir a responsabilidade subsidiária quanto aos encargos trabalhistas e imputar a responsabilidade solidária previdenciária, com o que afirmou que a jurisdição constitucional deve curvar deferência ao poder legislativo. Nesses termos, proveu o recurso da União.

Por outro lado, o Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou integralmente a Ministra Rosa Weber e ressaltou que não há incompatibilidade entre o decidido na ADC-16 e a atribuição de responsabilidade à Administração por culpa comprovada.

Canonizou os fundamentos constitucionais da república pautados na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e na construção de uma sociedade mais justa e solidária, de modo que seria responsabilidade do Estado efetivar o cumprimento e a concretização desses valores.

No que tange à inversão do ônus da prova, argumentou competir à Administração o ônus de provar que houve a fiscalização.

O Ministro Marco Aurélio, em oposição à relatora, proveu o recurso da União, fundamentando seu voto no princípio da legalidade, porquanto o art. 71 afastaria

a responsabilidade subsidiária do Poder Público. Assim, retomar a decisão proferida na ADC-16 levaria à insegurança jurídica. Em acréscimo, afirmou que a prova não cabe à contratante.

O Ministro Celso de Mello acompanhou integralmente o voto da relatora.

O Ministro Dias Toffoli lembrou a impossibilidade de a Administração Pública fiscalizar todas as verbas trabalhistas, em especial àquelas posteriores à rescisão.

Salientou, ainda, a sobrecarga de competências do Supremo Tribunal Federal em face das múltiplas reclamações constitucionais. Ao fim e ao cabo, acompanhou os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio, dando provimento ao recurso.

O Ministro Gilmar Mendes, durante a discussão, optou por alternar seu voto, dando provimento ao recurso da União, a fim de que o Supremo proferisse uma decisão que não indicasse o afastamento daquela prolatada na ADC-16.

A Ministra Carmem Lúcia concebeu os atos administrativo como dotados de presunção precária e relativa de validade e de legalidade, pressupondo serem compatíveis com o direito vigente até prova em contraste, isto é, a comprovação da ruptura ou afronta ao direito extinguiria essa presunção. Para isso, seria necessária a prova taxativa e cabal do nexos de causalidade entre o comportamento da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, de forma que a responsabilidade não poderia se dar por mera presunção.

Estabeleceu a diferenciação entre a responsabilidade extracontratual objetiva daquela outra responsabilidade contratual, que demanda prova da culpa da irregularidade da conduta dos agentes públicos

Corroborou a tese de que a previsão da Lei 9.032/95 restringiu a solidariedade entre a Administração Pública e o contratado tão somente quanto aos encargos previdenciários. Ao fim, deu provimento ao recurso da União, desafiando um empate de 5 votos contra outros 5.

Por derradeiro, o Ministro Alexandre de Moraes reiterou que a culpa dos entes públicos acabou passando a ser considerada sem qualquer elemento concreto, somente à base de presunções. Renovou a distinção entre a responsabilidade extracontratual objetiva do Estado da responsabilidade civil contratual.

Afirmou que o art. 71 da Lei 8.666/93 seria claro ao exonerar o Poder Público da responsabilidade por pagamentos em caso de inadimplência, assim como o silêncio da Lei 9.032/95 confirmaria esse impedimento. Entendimento diverso representaria um risco de desestímulo de colaboração da iniciativa privada com o Poder

Público. Ainda, as rotinas exaustivas de fiscalização corroeriam a lógica econômica e imputariam ao tomador uma posição diretiva típica da subordinação empregatícia.

Pontuou que a responsabilidade decorreria de um comportamento sistematicamente negligente, fortalecida pelo nexos de causalidade entre a conduta omissiva ou comissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador.

Como ultimato, deu provimento ao recurso da União, resultando em 6 votos contra outros 5 vencidos.

Do exposto, constata-se que não se pode inferir que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir o Recurso Extraordinário 760.931, inverteu o ônus da prova ao trabalhador, uma vez que essa matéria sequer integrou a tese de repercussão geral, figurando apenas como *obiter dicta* nos votos dos ministros julgadores.

E, ainda assim, a maioria dos ministros da Suprema Corte, nisso incluso alguns daqueles que divergiram da corrente vencida, advogaram expressamente o ônus da Administração Pública de provar o exercício da fiscalização, por tratar-se de prova de difícil produção pelo empregado, a exemplo do Ministro Dias Toffoli. De passagem, o Ministro Gilmar Mendes também suscitou a questão, ao afirmar tratar-se de responsabilidade subjetiva com inversão do ônus da prova.

Perfilharam a tese da distribuição dinâmica do ônus da prova, seja de modo expreso, seja por acompanhar na íntegra o voto da relatora vencida, os seguintes Ministros: a própria relatora Min. Rosa Weber, Min. Edson Fachin, Min. Luís Roberto Barroso, Min. Ricardo Lewandowski, Min. Celso de Mello, Min. Dias Toffoli e Min. Gilmar Mendes.

Saliente-se, nesse aspecto, que apenas o Min. Marco Aurélio e o Min. Luiz Fux se opuseram categoricamente à inversão do ônus da prova a operar em favor do trabalhador, enquanto os demais ministros divergentes não propugnaram uma linha de compreensão exata e definitiva sobre esse tema, sem definir a quem recai a carga probatória, mas atestando apenas a legitimidade presumida dos atos administrativos.

De se ver que a compreensão equivocada da *ratio decidendi* do Recurso Extraordinário 760.931 pode ter conduzido parte das turmas do Tribunal Superior do Trabalho a julgar em desconformidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, impondo ao trabalhador um encargo excessivo e desmesurado

4. GARANTIAS TRABALHISTAS PERTINENTES AO TEMA

4.1. Autonomia do Processo do Trabalho e seus Princípios

Sabe-se que, consoante a doutrina majoritária, o direito processual do trabalho é um ramo autônomo ao processo comum, provido de princípios peculiares, de vasta disciplina da matéria na Consolidação das Leis do Trabalho – com aplicação apenas subsidiária do processo civil, e de institutos próprios, bem como de autonomia didática, jurisdicional e doutrinária⁷⁸.

A autonomia do processo do trabalho conduz à existência de princípios próprios desse ramo da processualística, que representam pontos de partida, isto é, são fundamentos que indicam conceitos básicos. Uma concepção positivista extrai os princípios das normas do ordenamento jurídico através da sua exteriorização, enquanto uma concepção de base *jusnaturalista* compreende os princípios como valores transcendentais, acima do direito positivo e com a função precípua de retificação de injustiças⁷⁹.

E sendo ponto de partida, é a partir desses princípios que podem ser formuladas críticas ao funcionamento prático do processo trabalhista e suas repercussões para os jurisdicionados.

O processo laboral deve, necessariamente, ter normas que mitiguem a desigualdade das partes na relação jurídica processual provocada pela disparidade econômica entre os sujeitos, tais como a distribuição do ônus da prova, com o fito de beneficiar o empregado em razão da maior facilidade de sua produção pelo empregador; o acesso à justiça; e a intervenção do juiz para verificação da verdade. A decisão, entretanto, deve ser sempre imparcial, independentemente das desigualdades dos sujeitos⁸⁰.

Isso porque o processo trabalhista tem a função primordial de realizar os direitos sociais indisponíveis dos trabalhadores, havendo um nítido interesse social que transcende a vontade dos sujeitos no processo⁸¹.

⁷⁸ LEITE, Carlos Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 15ª Edição. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca]. Págs. 66-73 / 97-101 / 108-120

⁷⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 29ª Edição. Saraiva, 06/2014. [Minha Biblioteca]. Págs. 146/161.

⁸⁰ *Ibidem*. Págs. 146/161.

⁸¹ LEITE, Carlos Bezerra. *Op. Cit.* Págs. 66-73 / 97-101 / 108-120

4.1.1. Princípio protetor

Dentre os princípios peculiares do processo trabalhista, tem relevo o princípio da proteção, derivado da própria razão de ser do Direito do Trabalho, cujo objetivo central é compensar a desigualdade real existente entre empregado e empregador, ao assegurar os direitos sociais fundamentais titularizados pelos empregados, juridicamente fracos e que dependem do restabelecimento da igualdade processual mediante a intervenção do Estado para, desta feita, corrigir a desigualdade econômica, o desequilíbrio para produção de provas e o desnível social e cultural⁸².

Protecionista é o sistema adotado pela lei, cujo objetivo é tutelar o empregado, o que, por outro lado, corrobora a afirmação de que a justiça do trabalho não é paternal ou inclinada a favorecê-lo⁸³, mas sim diversas das normas aplicáveis ao processo do trabalho evidenciam o caráter protetivo desse ramo do direito.

Em outras linhas, o princípio da proteção marcha em sintonia com o princípio da isonomia, com o objetivo de reduzir o desequilíbrio naturalmente existente na relação jurídica trabalhista, ao buscar a igualdade das partes no processo⁸⁴.

É justo, pois, tratar desigualmente os desiguais, na mesma proporção da sua desigualdade, sendo o favorecimento qualidade da lei e não defeito do juiz, que deve aplicá-la com objetividade, sem permitir que suas tendências pessoais influenciem sua decisão⁸⁵.

4.1.2. Princípio da busca pela verdade real

O princípio da busca pela verdade real, oriundo direito material do trabalho – na denominação de primazia da realidade, assegura ao juiz ampla liberdade na direção do processo, facultando a determinação de diligências para esclarecer e solucionar a causa, com fundamento no art. 765 da CLT⁸⁶.

Significa dizer que, independentemente de a quem compete produzir as provas, antes de tudo, objetiva-se o desvendamento da verdade dos fatos para, a partir

⁸² LEITE, Carlos Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 15ª Edição. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca]. Pág. 108.

⁸³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 32ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011. Pág. 42

⁸⁴ SANTOS, Enoque dos; HAJEL FILHO, Ricardo Bittar. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Atlas, 05/2017. [Minha Biblioteca]. Pág. 140

⁸⁵ GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 85.

⁸⁶ LEITE, Carlos Bezerra. *Op. Cit.* p.66-73 / 97-101 / 108-120.

daí, ser moldada uma justa solução que concretize o direito da parte processual que o titulariza.

Isso porque o processo é o instrumento idôneo de composição do conflito material colocado em juízo, motivo pelo qual se deve buscar a essência da verdade, isto é, a verdade real, ocupando o magistrado não mais a mera posição de espectador, mas exercendo um papel necessariamente ativo e decisivo na busca de elementos para a prestação jurisdicional adequada e proficiente⁸⁷.

Logo, nas reclamações trabalhistas que intentem a condenação subsidiária do Poder Público em face da sua alegada omissão no dever fiscalizatório, cabe ao magistrado perquirir a verdade real e buscar se aproximar ao máximo da realidade, para então proferir a decisão que melhor se coadune os fatos.

Aliás, o juízo trabalhista possui ampla e profunda liberdade na condução do processo, podendo, inclusive, determinar as diligências e inquéritos que se fizerem necessários à elucidação da causa, a teor do que dispõe o art. 765 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Imprescindível, pois, que o juízo competente para as causas de natureza similares àquelas analisadas nesta pesquisa imponha à Administração Pública a juntada de todos os documentos concernentes à fiscalização do contrato, assinalando prazo para cumprimento da diligência, sob pena de confissão quanto à matéria de fato.

A apresentação dos documentos pela Administração Pública por ordem do juízo propicia, dessa maneira, além do alcance da verdade real, o fornecimento de elementos e subsídios concretos para que o julgador forme sua convicção e profira a melhor e mais justa e imparcial decisão, sem favoritismos.

Com isso, permite-se ao Poder Público desonerar-se de sua culpa, mediante a apresentação dos documentos comprobatórios supra descritos, tais como o termo de rescisão unilateral do contrato administrativo, os processos de apuração de responsabilidade, o instrumento de garantia, as verificações de cumprimento dos encargos trabalhistas condicionantes da liquidação da despesa, os comprovantes de retenção ou pagamento direto em conta, dentre outras várias.

⁸⁷ JORGE, Francisco Ferreira Neto; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito Processual do Trabalho**. 7ª Edição. Atlas, 05/2015. [Minha Biblioteca]. Pág. 95.

Não produzidas as provas acerca da escolha adequada da contratada ou da efetiva fiscalização exercida, outra opção não resta ao julgador senão a condenação subsidiária do Poder Público.

4.1.3. Princípio da finalidade social

No anseio de alcançar a justiça efetiva, tomando como premissa a já mencionada desigualdade das partes no processo trabalhista – trabalhador e empregador, o magistrado precisa, nesses termos, adotar as medidas processuais adequadas que auxiliam o trabalhador, em especial quando se está diante da instrução processual na etapa de coleta das provas⁸⁸.

Pelo princípio da finalidade social, permite-se ao julgador uma atuação mais ativa em auxílio ao empregado, até o momento de proferir a sentença, em busca de uma solução justa⁸⁹.

Como corolário desse princípio, é facultado ao juiz determinar que as partes, reclamante e reclamado(s), produzam as provas que ele julgar necessárias para a correta instrução processual, a fim de atingir a finalidade maior do direito adjetivo, qual seja, uma sentença consonante com a justiça social, que viabilize a outorga dos direitos inerentes a cada uma das partes e ponha termo ao litígio, com maior ênfase na concretização dos direitos sociais fundamentais do trabalhador reclamante.

4.1.4. Princípio do ônus da prova

O princípio do ônus da prova implica à parte que fizer as alegações prováveis, nos termos do art. 818 da CLT. Não obstante, atualmente, essa norma tem sido relativizada quando verificada a dificuldade do trabalhador em se desincumbir desse ônus, invertendo-o para a parte que detém maior aptidão e melhores condições para sua produção, em vista da verdade real⁹⁰.

Acresça-se a isso que a distribuição dinâmica do ônus da prova, diante da impossibilidade ou extrema dificuldade de uma das partes para cumprir com o encargo ou a maior facilidade da prova do fato contrário pela outra, inovação trazida pelo art. 373,

⁸⁸ JORGE, Francisco Ferreira Neto; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito Processual do Trabalho**. 7ª Edição. Atlas, 05/2015. [Minha Biblioteca]. Pág. 95.

⁸⁹ LEITE, Carlos Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 15ª Edição. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca]. Pág. 112.

⁹⁰ *Ibidem*. Pág. 112.

§ 1º, do Novo Código de Processo Civil⁹¹, tem plena aplicação no processo trabalhista, em virtude da sua função subsidiária e supletiva às normas da CLT⁹².

Esse princípio do *onus probandi* merece, portanto, uma ressignificação no âmbito do processo trabalhista, pendendo o encargo, em última análise, ao tomador de serviços por se encontrar em posição facilitada para sua produção (mais bem aparelhado) e por ser ele o maior beneficiado pela força de trabalho, visando compensar a inferioridade econômica e técnica do empregado e garantir que o seu esforço possa ser remunerado corretamente.

A inversão do ônus da prova se justifica para facilitar o acesso do trabalhador à justiça, para a proteção do trabalhador hipossuficiente, para a promoção da legislação trabalhista e social e porque grande parte das provas encontra-se em poder do empregador, resultando em maior dificuldade para o empregado produzi-las⁹³.

Ora, não é essa, nitidamente, a situação posta? A Administração Pública, no seu mister de fiscalização do contrato administrativo, a teor do que dispõe o art. 67 da Lei 8.666/93, detém maior facilidade de acesso e consulta aos documentos comprobatórios da sua atividade.

Se o fez, deve provar, ou, ao menos, acostar aos autos os documentos atinentes ao acompanhamento da execução do contrato. Se não o fez, restará o trabalhador impossibilitado de demonstrar a omissão.

Argumentar que compete ao obreiro o ônus de provar um fato negativo, isto é, a ausência de fiscalização por parte do tomador, inviabiliza de pronto sua defesa e elide a responsabilidade do órgão ou entidade pública, criando uma fenda no acesso à ordem jurídica justa.

⁹¹ Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

⁹² LEITE, Carlos Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 15ª Edição. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca]. Págs. 66-73 / 97-101 / 108-120

⁹³ SCARLÉRCIO, Marcos; PEREIRA, Leone; PAVAN, Verônica. **Ônus da Prova no Processo do Trabalho conforme o Novo CPC**. São Paulo: LTr, 2017. Capítulo III. Págs. 47 a 60. Disponível em: <<http://ltrdigital.com.br/prateleira>>. Acessado em 13/11/2017.

4.2. Estado de Bem-Estar Social, a Dignidade do Trabalhador e o Valor Social do Trabalho na Constituição Federal

Daí se extrai o papel relevante e preponderante do Estado-Social, definido como aquele que empreende uma mobilização em grande escala do seu aparelho, dentro de uma sociedade capitalista, com vistas à execução de medidas orientadas diretamente ao bem-estar de sua população⁹⁴.

Ora, se o Estado de Bem-Estar Social deve estar orientado a promover o respeito aos direitos fundamentais e sua concretização efetiva, também as decisões judiciais não podem perder de vista esse escopo, tutelando no âmbito do processo judicial as classes menos privilegiadas e mais vulneráveis, como a dos trabalhadores.

Outrossim, o constituinte originário da República Federativa do Brasil elegeu como princípios fundantes do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, consoante preceituam os incs. III e IV do art. 1º c/c art. 170 da Constituição Federal, a saber:

Art. 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;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Negar as verbas e os direitos trabalhistas aos empregados que se dedicaram ao seu único meio de sobrevivência – a força da sua mão de obra, é o mesmo que ignorar o relevo atribuído pela Constituição Federal ao valor social do trabalho.

Em última instância, a irresponsabilidade estatal na terceirização de serviços é nada mais do que a subtração da dignidade do trabalhador e do enfraquecimento da sua existência digna, preceitos máximos tutelados constitucionalmente e inafastáveis por qualquer interpretação que se dê às normas infraconstitucionais.

Por essa razão, a atribuição do ônus de provar determinada atuação da Administração Pública ao obreiro não é a medida que melhor se coaduna com o Estado

⁹⁴ MEDEIROS, Marcelo. **A Trajetória do Welfare State no Brasil: papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Texto para discussão N° 852. Brasília, 2001

de Bem-Estar Social, violando uma série de garantias fundamentais do trabalhador e impedindo a realização do seu direito material.

5. A DICOTOMIA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 760.931

5.1. Repercussão Geral e Relevância Temática

A Repercussão Geral, requisito de admissibilidade para o Recurso Extraordinário, foi aprovada pela Emenda Constitucional N° 45/2004 como um instrumento de racionalização para o poder judiciário com vistas à aplicação mais eficaz e homogênea das normas constitucionais, dando ensejo a duas vantagens principais: a) a possibilidade de selecionar as controvérsias de maior relevância; e b) conferir efeito multiplicador às decisões do Supremo Tribunal Federal⁹⁵.

Uma das consequências do reconhecimento da Repercussão Geral é o sobrestamento de todos os feitos que versem sobre àquela questão constitucional nas instâncias inferiores, a fim de harmonizar e compatibilizar a solução das controvérsias judiciais à decisão do recurso paradigma selecionado pelo STF, por intermédio do juízo de retratação ou de prejudicialidade.

O Tema Constitucional N° 246: “*Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço*”, de acordo com o relatório de estatísticas sobre o instituto da Repercussão Geral extraído do portal do Supremo Tribunal Federal, acarretou o sobrestamento de 53.511 (cinquenta e três mil, quinhentos e onze) processos, todos aguardando julgamento do recurso paradigma pela Suprema Corte⁹⁶.

Daí tamanha relevância da decisão prolatada no Recurso Extraordinário 760.931, vez que seu resultado será reproduzido e transportado para todos os demais processos que versarem sobre aquela mesma matéria, impondo a aplicação uniforme da norma constitucional de acordo com a interpretação dada pelo STF.

⁹⁵ FUCK, Luciano Felício. Repercussão Geral: desenvolvimento e desafios. In: FUX, Luiz (Coord.). **Repercussão Geral da Questão Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014.

⁹⁶ Sítio do STF / Estatísticas da Repercussão Geral e Processos Sobrestados. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>>. Consulta em 21 de novembro de 2017.

5.2. A (Des)Igualdade das partes e as novas decisões do TST

A decisão prolatada no bojo do RE 760.931, fugindo dessa lógica do processo trabalhista e contrariando toda a cadeia de princípios protetivos que dão esteio a esse ramo do direito, permitiu interpretações divergentes pelas instâncias inferiores, que atribuem ao obreiro um encargo probatório excessivo ou, ao menos, desqualificam as obrigações legais que são impostas à Administração Pública no tocante ao seu *dever-poder* fiscalizatório.

Em verdade, a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal para resolução da repercussão geral em nada modificou a decisão pretérita prolatada por aquela corte na ADC-16, ao obstar a condenação automática da Administração Pública pelo mero inadimplemento de encargos trabalhistas, seja de forma solidária ou subsidiária.

Nada obstante, a interpretação equivocada do RE 760.931 por parte das turmas do Tribunal Superior do Trabalho deturpou de forma maléfica os fundamentos adotados como *ratio decidendi* pelo Supremo Tribunal Federal, atribuindo ao obreiro o ônus processual de provar a ausência de fiscalização do contrato administrativo.

Com efeito, foram levantados múltiplos acórdãos proferidos por diversas turmas do Tribunal Superior do Trabalho, com data de decisão a partir da publicação do julgamento do RE 760.931, pelo que se depreende uma mudança drástica de comportamento da justiça do trabalho.

Por conseguinte, verificou-se que irrompeu uma amarga divergência jurisprudencial entre turmas, em especial no tocante a quem compete provar os fatos concernentes à fiscalização do contrato administrativo, isto é, se incumbe ao empregado reclamante ou ao Poder Público segundo reclamado.

Assim sendo, percebe-se que a posição de parte significativa do Tribunal Superior do Trabalho, após o julgamento do RE 760.931, tende agora a dar provimento aos Recursos de Revista interpostos pela Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, negando a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas e previdenciários quando não provado pelo obreiro a culpa da tomadora do serviço.

É o que se depreende do RR-639-94.2015.5.14.0416 decidido pela 2ª Turma:

TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16-DF.
TEMA Nº 246 DO STF. TESE DE REPERCUSSÃO GERAL. VEDAÇÃO
DE TRANSFERÊNCIA AUTOMÁTICA DE
RESPONSABILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE
CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXAURIMENTO DE
MATÉRIA FÁTICA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MATÉRIA NÃO
COGNOSCÍVEL EM RECURSO DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF, em debate representativo do Tema nº 246 de repercussão geral reconhecida, os Ministros da Suprema Corte reafirmaram a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, conforme já declarado no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, consignando que somente a demonstração efetiva de um comportamento culposo específico, com prova cabal do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública e o dano sofrido pelo trabalhador permitirá responsabilização do Poder Público, tomador dos serviços de trabalhadores terceirizados. Na ocasião, por maioria de votos (vencidos os Ministros Rosa Weber, Relatora original, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso e Edson Fachin) e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, Redator do acórdão, fixou-se a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Embora da leitura da redação da referida tese não se possa extrair o entendimento majoritário da Corte Suprema acerca da crucial questão controvertida sobre a quem caberia o ônus da prova relacionada ao comportamento culposo da Administração Pública na fiscalização dos serviços terceirizados, extrai-se dos votos proferidos por ocasião da última sessão de julgamento em que se deliberou sobre a matéria que deve haver, como premissa necessária à condenação subsidiária da Administração Pública por ausência de fiscalização nas contratações terceirizadas, o enfrentamento do caso concreto pelo Tribunal Regional do Trabalho, Corte soberana na análise do acervo fático-probatório, com manifestação expressa sobre a existência específica e demonstração de culpa da Administração Pública. Certo que a responsabilidade da Administração Pública, em razão da inadimplência da empresa contratada, não pode ser automática, nos exatos termos da Súmula nº 331, item V, do TST, de seguinte teor: "a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada". Se a mera inadimplência da prestadora de serviços não caracteriza, por si só, culpa da Administração Pública e se o Tribunal Regional do Trabalho é a última instância apta a analisar e a valorar a prova a esse respeito (Súmulas nºs 279 do Supremo Tribunal Federal e 126 do Tribunal Superior do Trabalho, a *contrario sensu*), como bem acentuado pelos Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux na Suprema Corte, ao votarem no sentido da corrente vencedora, a responsabilização do ente público em tais casos depende do registro expresso e específico da existência de sua culpa omissiva após a análise da instância regional do quadro fático-probatório dos autos, matéria não sujeita a reexame pelas instâncias extraordinárias. *In casu*, o Regional expressamente registrou não há nos autos prova de que houve a fiscalização do contrato pela segunda reclamada, de maneira que esta não se desincumbiu do ônus da prova. Consignou ainda que, a partir do inadimplemento das verbas trabalhistas, presume-se que o tomador de serviços não fiscalizou como deveria a empresa prestadora. Da leitura do acórdão depreende-se que o Regional reconheceu a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em razão da inversão do ônus da prova, ante a ausência de provas, procedimento obstado pelo atual entendimento do Supremo Tribunal Federal. Assim, não havendo registro, pelo Regional, de subsídios fáticos que permitam concluir pela existência de conduta culposa do ente público, exclui-se a responsabilidade subsidiária. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR-639-94.2015.5.14.0416. Data de

Julgamento: 07/08/2018, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/08/2018.)

E, ainda, no mesmo sentido: *i*) RR 10271-15.2013.5.01.0243 da 3ª Turma; *ii*) o RR 661-29.2015.5.10.0008 da 7ª Turma; e *iii*) o RR 707-96.2015.5.07.0009 da 5ª Turma:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DA "CULPA IN VIGILANDO". Diante de possível violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, deve-se dar provimento ao agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DA "CULPA IN VIGILANDO". No caso, não é possível extrair do acórdão recorrido a configuração da ausência ou falha na fiscalização pelo ente público em relação às obrigações contratuais firmadas pela prestadora de serviços para com o autor, pressuposto que o Supremo Tribunal Federal entende ser necessário a fim de configurar a "culpa in vigilando", justificadora da condenação subsidiária. Registre-se, ainda, por oportuno, a recente decisão do STF no RE nº 760.931, com repercussão geral, que atribuiu o ônus da prova da ausência de fiscalização ao trabalhador. Assim, deve ser excluída a responsabilidade subsidiária da FAETEC. Prejudicada a análise dos demais temas do recurso. Recurso de revista conhecido por violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e provido. (RR - 10271-15.2013.5.01.0243 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 20/06/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/06/2018)

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. I. A responsabilidade subsidiária do ente público tomador de serviços depende da demonstração cabal do nexo de causalidade entre o inadimplemento das obrigações trabalhistas e a conduta negligente dos integrantes da Administração Pública na fiscalização da prestadora de serviços. II. No presente caso, a responsabilidade subsidiária foi declarada sem que a Autora tenha comprovado que a conduta culposa da Administração Pública é que gerou o não cumprimento das obrigações pela prestadora de serviços. III. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (Processo: RR 661-29.2015.5.10.0008. Data de Julgamento: 13/06/2018, Relator Desembargador Convocado: Ubirajara Carlos Mendes, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/06/2018.)

I) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA INFRAERO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA da administração pública - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E culpa presumida em face da INSOLVÊNCIA da empresa terceirizada - contrariedade À súmula 331, v, do tst - provimento. 1. Após a decisão do STF na ADC 16 (Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 08/09/11), no sentido da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, que exime a administração pública de responsabilidade nos casos de terceirização de serviços, o TST inseriu o inciso V na Súmula 331, afastando essa responsabilidade nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada. 2. No caso, o Regional impôs a responsabilidade subsidiária da administração pública com base nas regras de distribuição do ônus da prova e em culpa

presumida, em face da insolvência da empresa terceirizada, o que atrita com o verbete sumulado em comento, esgrimido pela Reclamada em seu recurso de revista trancado. Agravo de instrumento provido.

II) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA INFRAERO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - SÚMULA 331, V, DO TST E PRECEDENTES DO STF NA ADC 16 E NO RE 760.931 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ABSOLVIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao revisitar o tema específico da responsabilidade subsidiária, após o reconhecimento da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ADC 16, reafirmou o entendimento anterior, que veda a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos (STF-RE 760.931, Red. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/17). Na ocasião, ficou vencida a relatora originária, Min. Rosa Weber, que sustentava que caberia à administração pública comprovar que fiscalizou devidamente o cumprimento do contrato, pois não se poderia exigir dos terceirizados o ônus de provar o descumprimento desse dever legal por parte da administração pública, beneficiada diretamente pela força de trabalho. 2. Assim, apenas nas hipóteses em que fique claro na decisão regional que foi comprovada a culpa in eligendo ou in vigilando da administração pública é que se poderia condená-la subsidiariamente. As hipóteses de culpa presumida ou decorrente de inversão do ônus da prova, como na de atribuição da responsabilidade por mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços, foram descartadas pelo Pretório Excelso neste último julgamento. 3. Portanto, em face dos termos da decisão regional recorrida, tem-se por contrariada a Súmula 331, V, do TST, devendo ser absolvida a INFRAERO Reclamada da responsabilidade subsidiária que lhe foi imposta. Prejudicada a análise dos temas remanescentes. Recurso de revista provido. (Processo: RR - 707-96.2015.5.07.0009. Data de Julgamento: 13/06/2018, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/06/2018.)

Igualmente, a título ilustrativo, podem ser destacados os acórdãos gravados nos seguintes processos: *i)* RR - 2416-80.2014.5.10.0022 da 5ª Turma; *ii)* RR 1251-09.2014.5.02.0446 da 7ª Turma; *iii)* RR - 280-02.2015.5.04.0812 da 6ª Turma; *iv)* RR 11113-85.2015.5.01.0061 da 3ª Turma; *v)* AIRR - 20707-76.2015.5.04.0761 da 3ª Turma; e *vi)* RR 11801-42.2015.5.01.0483 da 3ª Turma.

Como se vê, houve uma mudança significativa na posição de algumas turmas do Tribunal Superior do Trabalho, imputando ao obreiro um encargo probatório desproporcional e injustificável, quando muito impossível, o que destoava da lógica da ciência processualística e ignora princípios basilares do processo *justrabalhista*.

Diga-se, por oportuno, que o maior prejudicado pela inadimplência da contratada – primeira reclamada, e pela omissão do Poder Público – segunda reclamada, é justamente o trabalhador, quem entregou sua força de trabalho sem, em contrapartida, receber a justa remuneração pelo seu esforço.

No entanto, percebe-se que essa não é a única posição empreendida pelos magistrados, havendo aqueles que se coadunam com a ministra relatora do RE 760.931, ao esposar a necessária distribuição dinâmica do ônus da prova e a impossibilidade de

imputar ao obreiro o encargo de comprovar a insuficiência da fiscalização do Poder Público, como se extrai *i)* do Ag-AIRR - 11399-45.2015.5.15.0038 da 3ª Turma; e *ii)* do RR-845800-60.2012.5.16.0023 da 8ª Turma;

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, V, DO TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA LEI 8.666/93 EXPLICITADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. Em observância ao entendimento fixado pelo STF na ADC nº 16-DF, passou a prevalecer a tese de que a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, mas apenas quando explicitada no acórdão regional a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Nesse contexto, o STF, ao julgar com repercussão geral o RE nº 760.931, confirmou a tese já explicitada na anterior ADC nº 16-DF, no sentido de que a responsabilidade da Administração Pública não pode ser automática, cabendo a sua condenação apenas se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos, bem como atribuiu o ônus de provar o descumprimento desse dever legal ao trabalhador. No caso concreto, o TRT manteve a responsabilidade subsidiária da entidade estatal, delineando a sua culpa in vigilando. Ainda que a Instância Ordinária eventualmente mencione fundamentos não acolhidos pela decisão do STF na ADC nº 16-DF e no RE nº 760.931, bem como pela maioria da Terceira Turma (que, a partir das decisões proferidas pela Corte Máxima, quanto ao ônus da prova, entende que é do empregado o encargo de comprovar a conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos; fica ressalvado o entendimento deste Relator, que aplicaria, ao invés, a teoria da inversão do ônus probatório prevista nos preceitos da legislação processual civil e da lei de proteção ao consumidor, prevista no art. 6º, VIII, da Lei 8.079/90), o fato é que, manifestamente, afirmou o TRT que houve culpa in vigilando da entidade estatal quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços terceirizados. Assim sendo, a decisão agravada foi proferida em estrita observância às normas processuais (art. 557, caput, do CPC/1973; arts. 14 e 932, IV, "a", do CPC/2015), razão pela qual é insuscetível de reforma ou reconsideração. Agravo desprovido. (Processo: Ag-AIRR - 11399-45.2015.5.15.0038 Data de Julgamento: 20/06/2018, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/06/2018.)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ÔNUS DA PROVA. Nos termos do princípio da aptidão para aprova, o ônus de demonstrar a regular fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços pertence ao próprio ente público tomador dos serviços. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-845800-60.2012.5.16.0023, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 11/11/2016)

No mesmo sentido, podem ser encontradas decisões similares no Ag-AIRR 1105-41.2015.5.21.0013 e no Ag-AIRR - 2305-71.2015.5.11.0010, ambos da 3ª Turma, e no Ag-AIRR - 10717-20.2014.5.01.0037 da 8ª Turma.

Dessume-se, pois, que há controvérsias na interpretação do Recurso Extraordinário 760.931, pendendo, seja como for, de forma avessa ao empregado, já prejudicado pelo não recebimento das verbas trabalhistas que a ele são devidas pelo contratado inadimplente.

Relevante mencionar, ainda, a enorme insegurança jurídica originada pela controvérsia narrada supra, o que, em última análise, estimula e permite a adoção de soluções jurídicas diversas para casos concretos equivalentes, em total descompasso à igualdade salvaguardada pela Constituição Federal.

A dissidência entre turmas contemporânea à formulação deste trabalho é extremamente preocupante e de caráter exponencial, haja vista o potencial prejuízo causado a um sem número de trabalhadores submetidos à terceirização, cujos direitos agora, muito provável, não mais serão pagos pelo contratante público de forma subsidiária, fato que destoa também da responsabilidade subsidiária incondicionada atribuída aos contratantes privados pela reforma trabalhista.

Para além disso, já salientamos que a terceirização é maléfica ao trabalhador em diversos aspectos, razão pela qual, ao menos na órbita processual, o trabalhador carece de tutela especial do julgador, atenção autorizada pela própria legislação e pelos princípios protetivos inerentes a esse ramo processual.

5.3. Distribuição dinâmica do ônus de provar de acordo com o novo Código de Processo Civil (2015)

Define-se o ônus probatório como o encargo de ministrar as provas sobre os fatos que constituem o fundamento das pretensões deduzidas em juízo, que pesa sobre as partes integrantes do processo, e a distribuição desse ônus entre os litigantes objetiva determinar a quem compete provar um determinado fato⁹⁷.

Atribuir o ônus da prova à parte que não tem condições de produzi-la é a ela negar acesso ao direito que lhe reconhece a ordem jurídica, pelo que, em contraste à distribuição estática ou rígida, sopesa em favor da doutrina da distribuição dinâmica do

⁹⁷ ALVIM, J. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21ª Edição. Forense, 11/2017. [Minha Biblioteca]. Págs. 276 a 280.

ônus da prova a responsabilidade das partes no tocante à efetividade da ordem jurídica e dos direitos por ela assegurados, mormente quando tratam-se de direitos fundamentais inerentes à dignidade humana e aos créditos de natureza alimentar⁹⁸.

Assim, o sistema processual trabalhista detém particularidades que podem se esvaír se, sem qualquer critério, franquear-se a entrada de quaisquer dispositivos processuais comuns, motivo pela qual o art. 769 da CLT funciona como uma porta de entrada de proteção, para que o sistema processual do trabalho não se descaracterize, deixe de viabilizar a proteção do hipossuficiente, reste inviabilizado ou obsoleto⁹⁹.

Logo, a importação de normas processuais civis para o processo do trabalho não só é possível como indispensável, porquanto essa proteção é feita pelo sistema e para o sistema, com o fito de preservar sua diferenciação do sistema geral, de maneira que o processo do trabalho não pode deixar de ser protetivo, enquanto conjunto de normas e princípios destinados à aplicação plena do direito material protetivo do trabalho e instrumento de eficácia dos objetivos constitucionais de elevação da condição social do trabalhador¹⁰⁰. Incorpora-se a essa noção, pois, o princípio da proteção que vigora no processo do trabalho, examinado acima.

A distribuição dinâmica do ônus da prova foi consagrada nos §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil de 2015, in verbis:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

⁹⁸ ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. A teoria Dinâmica do Ônus da Prova. In: **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho**. MIESSA, Élisson (Coord.). 2ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2016. Págs. 689 a 711.

⁹⁹ JAKUTIS, Paulo Sérgio. A influência do novo CPC no ônus da prova trabalhista. In: **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho**. MIESSA, Élisson (Coord.). 2ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2016. Págs. 677 a 688.

¹⁰⁰ *Ibidem*. Págs. 677 a 688.

A dinamização do ônus da prova tem o propósito de temperar a distribuição estática da prova entre as partes, partindo do pressuposto de que esse encargo deve ser desempenhado por aquela das partes que, à vista do caso concreto, possui melhores condições de produzir a prova, competindo ao juiz definir quem deve ser onerado no caso concreto¹⁰¹ e quem arcará com os riscos da sua insuficiência¹⁰².

A carga dinâmica do ônus de provar parte da premissa de que ao juiz é facultado atribuir ônus probatório a depender das peculiaridades do caso concreto quando verificar que o reclamante tem muita dificuldade para produzi-la e maior aptidão natural para o empregador¹⁰³.

A doutrina adverte, contudo, que dinamização do ônus da prova (mediante a escolha de um critério formal, qual seja, da maior facilidade na produção da prova em atenção às circunstâncias do caso concreto) não é equivalente à inversão do ônus da prova¹⁰⁴, ainda que o resultado prático seja o mesmo.

Conforme já salientado, a doutrina apregoa a aplicabilidade subsidiária e supletiva da distribuição flexível do ônus da prova no processo do trabalho¹⁰⁵. Em verdade, a justiça do trabalho já incorporava essa compreensão acerca da aptidão para o ônus probatório e da dinamização da carga, como se extrai das Súmulas 212 e 338 do Tribunal Superior do Trabalho.

Afinal, a distribuição flexível e não estática da carga probatória é a solução processual que melhor se amolda aos princípios da cooperação, da boa-fé e da paridade de armas, hoje categoricamente insertos nos arts. 5º, 6º e 7º do Código de Processo Civil:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres

¹⁰¹ ALVIM, J. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21ª Edição. Forense, 11/2017. [Minha Biblioteca]. Págs. 276 a 280.

¹⁰² ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. A teoria Dinâmica do Ônus da Prova. In: **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho**. MIESSA, Élisson (Coord.). 2ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2016. Págs. 689 a 711.

¹⁰³ SCARLÉRCIO, Marcos; PEREIRA, Leone; PAVAN, Verônica. **Ônus da Prova no Processo do Trabalho conforme o Novo CPC**. São Paulo: LTr, 2017. Capítulo III. Págs. 47 a 60. Disponível em: <<http://ltdigital.com.br/prateleira>>. Acessado em 13/11/2017.

¹⁰⁴ ALVIM, J. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21ª Edição. Forense, 11/2017. [Minha Biblioteca]. Págs. 276 a 280.

¹⁰⁵ Nesse sentido, citem-se os autores Carlos Bezerra Leite, Wânia Guimarães Rabêllo. Paulo Sérgio Jakutis.

e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

No âmbito do processo administrativo, regulamentado pela Lei 9.784/99, o art. 37 preceitua que, quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos assentados nos registros da própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, a obtenção dos documentos ou das cópias pertinentes, noção perfeitamente aplicável à hipótese em apreço.

Exatamente por esse motivo é que a Administração Pública, figurando como segunda reclamada, tem a obrigação processual de apresentar em juízo, em deferência aos princípios retro citados da boa-fé, da cooperação e da paridade de armas, todos os documentos relativos à execução do contrato de prestação de serviços, bem como do acompanhamento efetivado pelo fiscal, para que o julgador possa, a partir desses dados, aferir se há ou não culpa *in vigilando*.

Ora, e a razão para isso é, senão outra, o fato de que é a Administração Pública contratante quem dispõe [ou deveria dispor] dos documentos inerentes ao exercício da fiscalização e ao acompanhamento da avença, quaisquer que sejam eles, tais como o Termo de Rescisão Unilateral, os Processos Administrativos de Apuração de Responsabilidade (PAAR), as guias de retenção de pagamento, os comprovantes de regularidade fiscal e trabalhista da contratada, as folhas de pagamento dos colaboradores ou outros comprovantes requisitados com frequência no mínimo moderada, dentre tantos outros que podem elidir a responsabilidade subsidiária do Poder Público.

Contudo, não o fazendo, parte-se do pressuposto de que não adotou as providências e cautelas indispensáveis para dissuadir e estimular o contratado a honrar as obrigações trabalhistas e previdenciárias ou mantê-lo adimplente.

Medida diversa é injusta e promotora da supressão dos direitos fundamentais sociais de que gozam os trabalhadores, intrincados nessa relação trilateral complexa.

Aliás, nessa linha de interpretação bem pontuou a Min. Rosa Weber em trecho do seu voto já mencionado, mas que, dada sua relevância e conjuntura, transcreve-se novamente: “é inequivocamente desproporcional impor aos terceirizados o dever probatório quanto ao descumprimento da aludida fiscalização por parte da Administração Pública”.

5.4. A inviabilidade do pagamento da fatura ou o enriquecimento indevido da Administração Pública

Merece destaque o fato de que a Administração Pública, ao terceirizar os serviços, se apropria diretamente da força de trabalho, isto é, ocupa a posição de maior beneficiada pelo posto de trabalho.

Ainda que os encargos trabalhistas sejam todos de responsabilidade exclusiva do empregador (da empresa interposta terceirizada), consoante o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (ADC-16), à Administração Pública é atribuído o dever de averiguar o cumprimento dessas obrigações trabalhistas e previdenciárias, como discorrido supra.

Assim, a liquidação prévia da despesa pública, que deve preceder o pagamento, mediante a efetiva verificação de cumprimento da prestação contratual, é medida indispensável para assegurar a correta destinação do recurso, evitando justamente que o contratado receba pela prestação do serviço sem que efetue o pagamento das verbas trabalhistas e previdenciárias, em detrimento do colaborador.

Nesse sentido, deve ser aferida e comprovada, mensalmente, a prestação perfeita dos serviços (que, via de regra, tem natureza contínua e envolvem a dedicação exclusiva de mão de obra), não só em termos qualitativos e quantitativos, mas também no que toca ao adimplemento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, para só então ser providenciado seu recebimento, com a consequente liquidação e pagamento da despesa¹⁰⁶.

Se as obrigações do contrato não foram adimplidas, especialmente aquelas que se referem ao pagamento de salários e demais benefícios aos empregados, não poderia o órgão ou ente tomador dos serviços sequer ter efetuado o pagamento à empresa terceirizada, em flagrante supressão da etapa de liquidação da despesa, pelo que o pagamento é absolutamente irregular.

Por outro lado, se não se efetuou pagamento algum à contratada, medida que reputamos adequada, e tampouco o trabalhador recebeu sua contraprestação pelo labor, por óbvio, à Administração Pública cabe efetuar-lo, em sede judicial ou de ofício, mediante depósito em conta dos colaboradores, tudo de conformidade com os normativos

¹⁰⁶ COELHO, Humberto Alves; NEVES, Marcelo José das. **A Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública Segundo a Jurisdição Constitucional: obrigações, encargo probatório e limites interpretativos - um contributo prático aos principais sujeitos do processo: trabalho, empresa terceirizada, administração pública e órgão jurisdicional**. Revista LTr. Vol.81, Maio de 2017. Disponível em: <<http://ltdigital.com.br/prateleira>>. Acessado em 10/08/2017.

a que se aludiu anteriormente, caso contrário estaríamos diante do enriquecimento injustificado e ilícito do Poder Público, que se apropriou da força do trabalhador.

Afinal, não há dúvidas de que o tomador dos serviços, ao contratar uma empresa interposta para executar atividades acessórias e operacionais, é o maior beneficiado pela mão de obra.

5.5. Inversão de Prioridades e a Quebra do Princípio da Isonomia

Não só isso, negar ao empregado o recebimento de valores devidos, que, de regra, tem natureza alimentar, é negar a ele sua dignidade e desvalorizar o trabalho, estatuído como preceito socialmente relevante pela Constituição Federal.

São, em verdade, os direitos fundamentais dos trabalhadores que estão em disputa e que carecem de uma maior tutela e observância por parte do julgador.

Ressalte-se que o trabalho digno é um direito fundamental de segunda dimensão (ou geração). Esses direitos de segunda dimensão desenvolveram-se com estreito vínculo ao princípio da igualdade e dizem respeito aos direitos sociais, culturais e econômicos, que, por sua natureza, exigem do Estado determinadas prestações materiais e inserem-se no campo programático¹⁰⁷.

Os direitos de *status positivus*, também denominados de direitos sociais ou a prestações, permitem ao indivíduo exigir determinada atuação positiva do Estado, visando melhorar suas condições de vida e garantir os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade. Aliás, a expressão “direitos sociais” se justifica porque seu objetivo primeiro é a melhoria da qualidade de vida de várias categorias da população, através de políticas públicas e ações concretas de política social¹⁰⁸.

Ora, incontestemente que o trabalho é um direito social fundamental, instituído formal e materialmente na Constituição Federal em seu art. 6º, motivo pelo qual todos os destinatários precisam atuar de forma coesa para assegurar o gozo desses direitos pelos seus legítimos titulares, quais sejam, os trabalhadores urbanos e rurais.

São destinatários dos direitos e garantias fundamentais os sujeitos passivos da relação jurídica, sejam pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que

¹⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. Capítulo 16. Pág 581.

¹⁰⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 60

estão vinculadas pelas normas de direitos fundamentais¹⁰⁹ e detém obrigação de observância e proteção ativa¹¹⁰. Ao Estado correspondem tanto o dever de abstenção de intervir na esfera de liberdade dos indivíduos quanto o dever de prestar ou manter estruturas ou organização¹¹¹.

A amplitude do catálogo de direitos fundamentais (caráter analítico) conduziu a uma multiplicação de situações de conflito e demandas judiciais invocando violações à constituição, o que contribuiu para o fenômeno da juridificação e judicialização das relações sociais¹¹², a que é exemplo a lide que pende entre empregado-reclamante e tomador de serviços terceirizados intentado como responsável subsidiário.

Desta feita, o julgador no processo do trabalho não pode ignorar o papel preponderante desses direitos fundamentais sociais, tutelados constitucionalmente, prevalecendo o escopo processual de proteção ao trabalhador, a quem é devida a remuneração justa e equivalente ao trabalho desenvolvido.

Acresça-se a isso que, com as inovações trazidas à Lei 6.019/74, a responsabilidade dos tomadores de serviços terceirizados é, via de regra, subsidiária, sem qualquer elemento condicionante. Por isso, criar obstáculos à responsabilização do Poder Público quanto às verbas trabalhistas inadimplidas titularizadas pelo empregado terceirizado é violar, com todas as letras, o princípio maior da igualdade.

Afinal, todos são iguais perante a lei, vedada a discriminação de qualquer natureza, a teor do que dispõe o art. 5º da Constituição Federal, motivo pelo qual os empregados que prestam serviços para empresas terceirizadas que atuam no setor público não podem ser preteridos em detrimento daqueles que são alocados para laborar na iniciativa privada, o que, por óbvio, macularia o princípio constitucional da isonomia.

Imagine-se a injustificável situação de uma empresa prestadora de serviços que atua nos dois segmentos, público e privado, e, por infortúnio, enfrenta um processo falimentar com o encerramento de suas atividades, sem promover a quitação das verbas trabalhistas e rescisórias devidas aos funcionários. Os empregados que eram alocados para laborar na iniciativa privada estão acobertados pela responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, por força do art. 5º-A, § 5º, da Lei 6.019/74, enquanto aqueles que

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Título II. Dos Direitos e Garantias Fundamentais: notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al* (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

¹¹⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 102.

¹¹¹ *Ibidem*. Pág. 102.

¹¹² SARLET, *Op Cit*.

eram mobilizados para prestar serviços no âmbito da Administração Pública precisam comprovar em juízo que a tomadora negligenciou seus deveres legais e atuou com culpa (*in vigilando* ou *in elegendo*), incrementando as chances de não receber contraprestação alguma pela força de trabalho entregue.

Sem dúvidas, a isonomia que deve prevalecer em todas as relações jurídicas é afetada quando a alguns trabalhadores é concebida proteção adicional, mediante a responsabilização subsidiária do tomador, enquanto para outros, notadamente aqueles envolvidos em contratos com o Poder Público, é negada essa possibilidade, acarretando naquilo que já se definiu como “escravo moderno”.

O princípio da isonomia foi objeto de preocupação da Min. Rosa Weber quando da prolação do seu voto no Recurso Extraordinário 760.931, cujo excerto é indispensável trazer à colação:

“Exonerar o Poder Público dessa responsabilidade feriria duplamente o princípio da igualdade. Primeiro porque conferiria aos trabalhadores terceirizados que prestam serviços à Administração Pública tratamento distinto daquele conferido aos demais terceirizados, que prestam serviços à pessoa jurídica não abrangida pela Lei 8.666/1993, deixando de assegurar àqueles a percepção dos seus direitos trabalhistas, ainda que em sede de responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. Segundo porque concederia ao Estado privilégio de isenção de responsabilidade, pela satisfação de tais direitos, que os demais tomadores de serviços não possuem. Representaria, na realidade, verdadeiro benefício ao ente público contratante, considerada a responsabilidade subsidiária a que submetidos os tomadores de serviços do regime privado.”

Certo é que atravancar a possibilidade de responsabilização do Poder Público equivale a criar uma distinção infundada e antijurídica entre pessoas que integram a mesma categoria ou grupo, em patente violação à igualdade que deve reger todas as relações jurídicas análogas.

Qualquer que seja o fundamento para negar a responsabilidade subsidiária do Poder Público tomador do serviço equivale à irresponsabilidade estatal, em total desprestígio aos obreiros e ao valor social do trabalho por eles desenvolvido.

6. CONCLUSÃO

A terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública se expandiu de forma acentuada com vistas à otimização e ao aprimoramento dos serviços públicos, através da delegação à terceiros de parte das suas atividades acessórias, operacionais e executivas.

No entanto, diversos trabalhadores são cotidianamente prejudicados em virtude dos não raros descumprimentos contratuais por partes das empresas selecionadas pelo Poder Público, subtraindo deles direitos trabalhistas indisponíveis.

Os frequentes inadimplementos por parte das empresas prestadoras de serviços para a Administração Pública, agravados pelas crises econômicas e políticas pelas quais o país tem atravessado, apresentam como desfecho, quase sempre, a privação dos trabalhadores de seus salários e das demais parcelas trabalhistas.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade N° 16 e o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral N° 760.931 foram importantes marcos jurisprudenciais aquilatados pelo Supremo Tribunal Federal, decisões que reiteraram o permissivo exegético de responsabilização subsidiária da Administração Pública tomadora de serviços quando verificada sua culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, ocasionada pelo inadimplemento dos deveres legais ela impostos, inseridos na Lei 8.666/93 e nos demais regulamentos incidentes na espécie, como a IN 05/2017 SLTI-MPOG.

Contudo, a leitura desacertada da ADC-16 e do RE 760.931 conduziu a justiça do trabalho a prolatar diversas decisões díspares, que dão azo a severas injustiças sociais, tratamentos disformes e, notadamente, tonificam a insegurança jurídica que sempre permeou as contratações por meio do instituto da terceirização, muito em razão da carência normativa específica.

Diante da nova decisão do Supremo Tribunal Federal e dos profundos reflexos na justiça do trabalho, como visto, a solução processual que melhor se amolda é compelir a Administração Pública a juntar aos autos os documentos relativos à fiscalização do contrato, porque esse meio de prova está, única e exclusivamente, sob a sua posse, dinamizando, assim, todo o processo trabalhista com fundamento na aptidão para produzir a prova¹¹³.

¹¹³ COELHO, Humberto Alves; NEVES, Marcelo José das. **A Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública Segundo a Jurisdição Constitucional: obrigações, encargo probatório e limites interpretativos - um contributo prático aos principais sujeitos do processo: trabalho,**

A necessária busca pela verdade real e os princípios da cooperação, da boa-fé e da paridade de armas, estatuídos formalmente na legislação infraconstitucional, impõem às partes (reclamante e reclamados), a integração da lide para que, ao fim, possa se alcançar a decisão mais justa e consistente com a realidade dos fatos.

Nesse sentido, as garantias trabalhistas devem prevalecer na condução de processos dessa natureza, tomando em conta o caráter protetivo que é da essência do direito processual do trabalho, cujo objeto é, justamente, corrigir as desigualdades existentes entre o empregador – detentor do capital e dos meios de produção de riqueza, e o trabalhador, parte mais frágil da relação jurídica, para, ao fim, efetivar os direitos sociais de que gozam os trabalhadores.

É princípio da teoria geral do processo que a produção de prova que represente um fato negativo é impossível ou, ao menos, extremamente difícil.

Essa é exatamente a hipótese, pois que o empregado não detém mecanismos adequados para demonstrar, de forma inequívoca, que a Administração Pública, ao contratar serviços acessórios por intermédio de uma empresa interposta, não verificou rigorosamente o cumprimento dos requisitos de habilitação para selecioná-la ou não exerceu a fiscalização correta e regular sobre ela.

Significa dizer que a ausência de fiscalização ou de verificação dos requisitos de habilitação é uma omissão da Administração (fato negativo), o que obsta ou restringe a sua comprovação em juízo pelo empregado reclamante, parte mais frágil e hipossuficiente da relação jurídica.

Portanto, à Administração contratante (tomadora dos serviços) incumbe apresentar em juízo todos os documentos que comprovam o exercício do seu dever legal de promover um correito procedimento licitatório e, continuamente, de acompanhar a execução do objeto contratual, para que o empregado reclamante possa deles extrair a prova necessária e o julgador formar sua convicção.

A aplicação tempestiva e satisfatória das providências administrativas descritas pormenorizadamente na seção 3.4 deste trabalho precisam ser, de fato, cabalmente demonstradas em juízo, não pelo empregado, mas sim pela Administração Pública tomadora do serviço, sob pena de configuração da sua culpa *in vigilando*.

Afinal, esses documentos probatórios, dentre os diversos acima elencados, estão ou deveriam estar nos assentos do Poder Público contratante, facilmente acessíveis, o que permitiria sem maior embaraço sua juntada ao processo trabalhista reclamatório.

Com isso, não se está a infirmar a presunção de legalidade e validade dos atos administrativos, tampouco a presumir a culpa da Administração com fundamento na inversão do ônus da prova.

Trata-se, ao revés, de um axioma lógico-racional extraído da análise concreta do caso, coerente com as faculdades processuais das partes, uma vez que se a Administração Pública, mesmo oportunizada a acostar quaisquer elementos de prova que demonstrassem sua atuação precavida, diligente e conforme à lei, assim não o faz, outra conclusão não resta senão a conformação da sua culpa por omissão.

Em adendo, se a empresa terceirizante não adimpliu os encargos trabalhistas, a Administração Pública não poderia, em hipótese alguma, ter efetuado o pagamento a ela pelos serviços pretensamente prestados, uma vez não superada a etapa de liquidação da despesa pública.

Em outras palavras, caso o órgão ou a entidade contratante promova o pagamento à empresa terceirizada, este é um pagamento absolutamente irregular, pois que inobservadas as regras que condicionam a liquidação da despesa ao ateste da prestação satisfatória do serviço, mediante comprovantes documentais, tudo conforme preceitua a Lei 4.320/64.

O único cabalmente prejudicado é o obreiro, que, empregando sua força de trabalho, não receberá a contraprestação devida se for impossibilitado de exigir do responsável subsidiário apenas por não deter provas suficientes para comprovar sua omissão, isto é, se não demonstrar em juízo um fato que é, por essência, negativo.

A utilização de mecanismos processuais adequados, como a distribuição dinâmica do ônus probatório, permite alcançar a verdade mais confinante possível da realidade e, logo, é medida que se impõe ao magistrado, a fim de promover a justa composição do litígio e a concretização dos direitos inerentes às partes. Nesse sentido, importante é a lição de Wânia Guimarães Rabêllo¹¹⁴:

O respeito à dignidade da pessoa humana e a realização da justiça social constituem pressupostos para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e pressupõe, de sua feita, o acesso e gozo dos direitos trabalhistas,

¹¹⁴ ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. A teoria Dinâmica do Ônus da Prova. In: **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho**. MIESSA, Élisson (Coord.). 2ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2016. Pág. 709.

voltados que são para a realização de condições materiais compatíveis com a dignidade humana exigida pela justiça social, o que exige a adoção de técnicas processuais que permitam a adequada e efetiva tutela dos direitos deduzidos perante o Poder Judiciário por aquele que sobrevive da alienação da sua força de trabalho.

A interpretação dada ao RE 760.931 por parte das turmas do Tribunal Superior do Trabalho acentua a desigualdade processual entre o reclamante e os reclamados, ao impor ao obreiro o ônus de provar ter a Administração Pública, segunda reclamada, negligenciado seu dever de fiscalização.

As divergências de interpretação surgidas entre as turmas do Tribunal Superior do Trabalho precisam, o quanto antes, serem apaziguadas pelo órgão competente daquele Tribunal, qual seja, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1), por meio da oposição de embargos de divergência, com fulcro no art. 894, inc II, da CLT c/c os arts. 71, incs. I e II, e 231 do Regimento Interno do TST, observadas as Súmulas 126, 333 e 401 daquela corte.

Relembre-se que a terceirização é, inequivocamente, um fator de precarização das relações trabalhistas sob diversos enfoques, consoante discorreu-se na seção 2.7 deste trabalho, o que corrobora a necessária tutela deferida ao trabalhador no âmbito do processo trabalhista.

Em sendo assim, cautela maior é necessária quando se tratam de direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, protegidos pelas regras insertas na Constituição Federal como expressão máxima do valor social do trabalho e da dignidade do trabalhador, com muito mais razão quando estamos diante de uma época volúvel totalmente dirigida para a minimização ou até mesmo para a supressão dos direitos progressivamente conquistados pelos trabalhadores, num cenário político de incertezas e retrocessos aterradores.

É, portanto, incongruente defender o ônus do empregado de provar a omissão, o que desvirtua a natureza própria do processo do trabalho e desencadeia efeitos nefastos para todos os jurisdicionados, especialmente quando mais de cinquenta mil processos versam sobre a mesma temática, reproduzindo em escala a injustiça social.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. A teoria Dinâmica do Ônus da Prova. In: **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho**. MIESSA, Élisson (Coord.). 2ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2016.
- ALVIM, J. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21ª Edição. Forense, 11/2017. [Minha Biblioteca].
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21ª Edição. Saraiva, 1/2016. [Minha Biblioteca].
- AMATO, João Neto. **Reestruturação Industrial, Terceirização e Redes de Subcontratação**. Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 35, n.2, p.33-42, mar./abr. 1995. ISSN 0034-7590. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901995000200006. Acesso em 18 de setembro de 2018.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12ª edição. Atlas, 09/2011.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Edição. São Paulo: LTR, 2013.
- BITTAR, Eduardo B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para concursos de direito**. 14ª Edição. Saraiva, 12/2015. [Minha Biblioteca].
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.
- BRASIL. Lei Nº 4.320, de 17 de março de 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.
- 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 19 de setembro de 2018.

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 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei Nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei Nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BRASIL. LEI Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei Nº 9.032, de 28 de abril de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9032.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: MARE, 1995.

BRASIL. Decreto Nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei Nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9527.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Código Civil – Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei Nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil – Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei Nº 13.429, de 31 de março de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Instrução Normativa Nº 05/2017 da SLTI/Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, de 26 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

CAMBRIDGE DICTIONARY. United States. Cambridge University Press, 2018. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/outsourcing?q=outsourcing>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

CAMPOS, André Gambier. IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). **Impactos da terceirização sobre a remuneração do trabalho no Brasil: novas evidências para o debate**. Texto Para Discussão Nº 2245. Rio de Janeiro, Out/2016. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7288/1/td_2245.pdf. Acesso em 19 de setembro de 2018.

CARVALHO, José Santos Filho. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª edição. Atlas, 03/2018. [Minha Biblioteca].

CASAGRANDE, Cássio. **Terceirizados do Reino Unido lutam por igualdade de direitos**. Revista JOTA. 30/04/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/terceirizados-do-reino-unido-lutam-por-igualdade-de-direitos-30042018>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

CHIARADIA, Benedito Dantas. **As licitações e os contratos administrativos: crítica e prática da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 12.462/2011**. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

COELHO, Humberto Alves; NEVES, Marcelo José das. **A Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública Segundo a Jurisdição Constitucional: obrigações, encargo probatório e limites interpretativos - um contributo prático aos principais sujeitos do processo: trabalho, empresa terceirizada, administração pública e órgão jurisdicional**. Revista LTr Vol.81, Maio de 2017. Disponível em: <<http://ltrdigital.com.br/prateleira>>. Acessado em 10/08/2017.

CORTEZ, Julpiano Chaves. **Terceirização Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIN, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª Edição. São Paulo: LTr, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FUCK, Luciano Felício. Repercussão Geral: desenvolvimento e desafios. In: FUX, Luiz (Coord.). **Repercussão Geral da Questão Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 2 – Obrigações**. 18ª Edição. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca].

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª Edição. Saraiva, 11/2011. [Minha Biblioteca].

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIRARDI, Dante Marciano. **A importância da terceirização nas organizações**. Revista de Ciências da Administração, Florianópolis, p. 23-31, jan. 1999. ISSN 2175-8077. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/7998>>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

GIRAUDEAU, Michel Olivier. **Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços**. São Paulo: LTr, 2010.

GÓES, Winnicius Pereira de. **A terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

HENRIQUES, Antonio, MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica da Pesquisa Jurídica**. 9ª edição. Atlas, 04/2017. [Minha Biblioteca].

JAKUTIS, Paulo Sérgio. A influência do novo CPC no ônus da prova trabalhista. In: **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho**. MIESSA, Élisson (Coord.). 2ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2016.

JORGE, Francisco Ferreira Neto; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito Processual do Trabalho**. 7ª Edição. Atlas, 05/2015. [Minha Biblioteca].

JUSTEN, Marçal Filho. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEITE, Carlos Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 15ª edição. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca].

MACHADO, José Teixeira Jr.; REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 31ª Edição. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.

MARCONI, Marina Andrade, LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8ª edição. Atlas, 01/2017. [Minha Biblioteca].

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 32ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

MEDEIROS, Marcelo. **A Trajetória do Welfare State no Brasil: papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Texto para discussão N° 852. Brasília, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Edição. Medeiros: São Paulo, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 7 - Responsabilidade Civil**. 6ª Edição. Forense, 12/2015. [Minha Biblioteca].

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, 29ª edição. Saraiva, 06/2014. [Minha Biblioteca].

OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**. 7ª Edição. Método, 04/2018. [Minha Biblioteca].

PELATIERI, Patrícia; CAMARGOS, Regina Coeli; IBARRA, Antônio; MARCOLINO, Adriana. DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos). **Terceirização e precarização das condições de trabalho: Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes**. Nota Técnica N° 172. São Paulo, Mar/17. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.html>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. II - Teoria Geral das Obrigações**. 29ª Edição. Forense, 01/2017.

PIETRO, Maria Zanella di. **Direito Administrativo**. 30ª Edição. Forense, 02/2017. [Minha Biblioteca].

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil 2 - Parte Geral das Obrigações**. 30ª Edição - 2007 - Coleção Direito Civil. Saraiva, 07/2002.

SANTOS, Enoque dos; HAJEL FILHO, Ricardo Bittar. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Atlas, 05/2017. [Minha Biblioteca].

SARLET, Ingo Wolfgang. Título II. Dos Direitos e Garantias Fundamentais: notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

SCARLÉRCIO, Marcos; PEREIRA, Leone; PAVAN, Verônica. **Ônus da Prova no Processo do Trabalho conforme o Novo CPC**. São Paulo: LTr, 2017. Disponível em: <<http://ltrdigital.com.br/prateleira>>. Acessado em 13/11/2017.

SILVA, Laercio Lopes da. A terceirização e a precarização nas relações de trabalho: a atuação do juiz na garantia da efetivação dos direitos fundamentais nas relações assimétricas de poder: uma interpretação crítica ao PL n. 4.330/04. São Paulo: LTr, 2015.

THEODORO Jr., Humberto. **Novo Código de Processo Civil – Anotado**. 20ª edição. Forense, 03/2016.

THEODORO Jr., Humberto. **Novo Código de Processo Civil – Anotado**. 20ª Edição. Forense, 03/2016.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil**. 18ª Edição. Atlas, 12/2017. [Minha Biblioteca].