



FACULDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

VERUSKA LIMA DA SILVA ANDRADE

ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE ATRIBUIÇÃO DE CULPA DOS ENTES E DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA, NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇO, NO ÂMBITO DO SEGUNDO GRAU PERANTE O TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO, A PARTIR DO ESTABELECIMENTO DO TEMA 246 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Brasília

2024

VERUSKA LIMA DA SILVA ANDRADE

ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE ATRIBUIÇÃO DE CULPA DOS ENTES E DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA, NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇO, NO ÂMBITO DO SEGUNDO GRAU PERANTE O TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO, A PARTIR DO ESTABELECIMENTO DO TEMA 246 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de conclusão de curso, apresentado no formato artigo científico como requisito para conclusão do Bacharelado em Direito sob orientação da Prof. Dra. Sabrina Durigon Marques

Brasília

2024

VERUSKA LIMA DA SILVA ANDRADE

ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE ATRIBUIÇÃO DE CULPA DOS ENTES E DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA, NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇO, NO ÂMBITO DO SEGUNDO GRAU PERANTE O TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO, A PARTIR DO ESTABELECIMENTO DO TEMA 246 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

BRASÍLIA, _____ de _____ de 2024.

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador

Professor(a) Avaliador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

Brasília

2024

VERUSKA LIMA DA SILVA ANDRADE

ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE ATRIBUIÇÃO DE CULPA DOS ENTES E DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA, NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇO, NO ÂMBITO DO SEGUNDO GRAU PERANTE O TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO, A PARTIR DO ESTABELECIMENTO DO TEMA 246 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

BRASÍLIA, _____ de _____ de 2024.

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador

Professor(a) Avaliador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

Brasília

2024

Análise dos critérios de atribuição de culpa dos entes e das entidades da administração pública direta e indireta, nos casos de terceirização de serviço, no âmbito do segundo grau perante o tribunal regional do trabalho da 10ª região, a partir do estabelecimento do Tema 246 do Supremo Tribunal Federal

Analysis of culpability criteria for direct and indirect public administration entities in cases of terceirização de serviço at the second level before the regional labor tribunal in the 10th region, based on the establishment of Tema 246 of the Supreme Court.

Veruska Lima da Silva Andrade¹
Sabrina Durigon Marques²

Resumo:

Este artigo tem o escopo de realizar uma análise de 12 acórdãos oriundos das três turmas recursais do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, a partir do ano de 2022, precisamente sobre os critérios utilizados pelos desembargadores para determinar a responsabilidade subsidiária de entes e entidades da Administração Pública, direta e indireta, nas esferas da União e do Distrito Federal, em contratos de terceirização de serviço, a partir da proposição firmada no Tema 246 pelo Supremo Tribunal Federal, em 01/10/2019. O interesse na pesquisa que deu origem a este escrito surgiu em razão do Tema 246 ter instituído um novo paradigma para os julgamentos nas instâncias trabalhistas de origem, a respeito da responsabilidade da Administração Pública em relação às obrigações trabalhistas de empresas prestadoras de serviço. Nesta perspectiva, a pesquisa se propôs a observar a consolidação dos novos padrões para a comprovação de conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos, assim como se já há a consolidação de uma jurisprudência sobre a matéria no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

Palavras-chave: Terceirização, Responsabilidade Subsidiária, Administração Pública, Fiscalização, Jurisprudência.

Abstract:

This article aims to analyze 12 cases from the three recursive tiers of the Tribunal Regional do Trabalho of the 10th Region, beginning in 2022. The analysis will focus on the criteria used by employers to determine the subsidiary responsibility of public entities, both directly and indirectly. The interest in this research stems from the establishment of a new paradigm for labor judgments in the origin institutions, as well as the responsibility of the public administration in relation to the labor obligations of service providers. In this perspective, the research proposes to observe the consolidation of new standards for proving omission or commission in contract enforcement, as well as the consolidation of jurisprudence on the subject in the context of the 10th Region Regional Labor Tribunal.

Keywords: Outsourcing, Subsidiary Liability, Public Administration, Inspection, Jurisprudence.

1. INTRODUÇÃO

Na década de 1960, o Estado encorajou, no sector público, a prestação de serviços de natureza instrumental e não financeira, por exemplo, serviços de limpeza, vigilância, transporte etc., a instituições governamentais, através do Decreto 200/1967 e da Lei 5.645/1970.

¹ Graduanda em Direito Universidade – Centro Universitário de Brasília

² Doutora em Direito Administrativo, professora do UniCEUB – Centro Universitário de Brasília

Com o advento das Leis 6.019/1974, 7.102/1983 e 8.863/1994, o fornecimento de serviços instrumentais foi permitido também para as empresas do setor privado, especificamente o trabalho temporário e os serviços permanentes de segurança.

Enquanto isso, em 1980, o Tribunal Superior do Trabalho - TST editou a Súmula 256/1986, estabelecendo que a terceirização não seria permitida, exceto nos casos específicos previstos nas Leis 6.019/1974 e 7.102/1983.

Em 1993, o TST editou a Súmula no 331/1993 ampliando as possibilidades de terceirização, permitindo que a atividade-meio fosse terceirizada, inclusive, pela Administração Pública Direta e Indireta.

Além disso, a redação original da Súmula 331 alargou o papel dos serviços que poderiam ser terceirizados, para além dos previstos nas Leis 6.019/1974, 7.102/1983 e 8.863/1994; incluindo os serviços de limpeza e manutenção; os serviços instrumentais especializados, desde que realizados sem personalidade e subordinação, e os instrumentos adquiridos por instituições governamentais. Conquanto a terceirização dos demais serviços tenham continuado sendo consideradas ilícita.

A controvérsia em torno da terceirização da atividade predominante do destinatário do serviço, até então, era um problema frequente nas demandas judiciais.

Para solucionar a questão, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu tese, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 324 e do Recurso Extraordinário (RE) n. 958252, tornado a terceirização de qualquer atividade, seja meio ou fim, lícita, mas sem configurar uma relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.

Além disso, o STF estipulou que cabe ao contratante verificar a adequação e a capacidade econômica da empresa terceirizada, sendo subsidiariamente responsável pelo não cumprimento das normas de trabalho e obrigações, conforme o art. 31 da Lei nº 8.212/1993, *in verbis*:

Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta lei, em relação aos serviços a ele prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23 (Brasil, 1993).

Nesse ínterim, com a promulgação das Leis nº 13.467/2017 e nº 13.429/2017, conhecidas como a Lei da Reforma Trabalhista e a Lei da Terceirização, respectivamente, a questão da legalidade da terceirização de serviço da atividade-fim foi finalmente pacificada.

Conforme acima exposto, a regulamentação e a interpretação da terceirização de serviços sofreram inúmeras transformações ao longo do tempo, culminando em 2019 com a fixação do Tema 246 pelo Supremo Tribunal Federal, em 2019, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a tese do Tema 246, a partir do reconhecimento da Repercussão Geral da matéria, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16 e do *Leading case* Recurso Extraordinário (RE) 760931, porque concedida a relevância econômica, política, social e jurídica da matéria (Brasil, 2019).

No Tema 246, ficou assentado que o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados da contratada não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo pagamento, seja de forma solidária ou subsidiária, de acordo com o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (Brasil, 2019). A partir de então, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública passou a depender da demonstração inequívoca de conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos de terceirização de serviços.

Inobstante o estabelecimento do novo axioma, no julgamento do RE 760931, o Supremo Tribunal Federal não delimitou quem teria o ônus probatório da fiscalização do contrato de prestação de serviço.

Dessarte, em face da lacuna em relação ao ônus probatório, considerando que se trata de uma questão infraconstitucional, e em conformidade com o princípio de aptidão para a prova, o Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar os embargos de declaração do processo E-RR-925-07.2016.5.05.0281, estabeleceu que cabe ao Poder Público o ônus da prova da fiscalização do contrato de prestação de serviços.

Esta autora percebeu, através de consulta ao sítio eletrônico do TRT da 10ª Região, no link de pesquisa jurisprudencial, que muitos juízes trabalhistas, aparentemente, não estavam seguindo o novo parâmetro de julgamento, pois sucediam deliberando pela condenação subsidiária dos entes e entidades públicas, diante da ocorrência de débitos trabalhistas das prestadoras de serviços de mão de obra, a despeito de suposta comprovação da fiscalização da execução do contrato.

Desta forma, como a discussão sobre a responsabilidade subsidiária dos entes e entidades públicas na contratação de trabalhadores terceirizados continua sendo objeto de intensos debates na Justiça do Trabalho e no Supremo Tribunal Federal, surgiu o interesse de pesquisar sobre a jurisprudência atual no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, notadamente os critérios de julgamento para a condenação, levando em consideração a fixação do Tema 246.

Preliminarmente, objetivo geral da pesquisa foi analisar se havia uma tendência nos julgados de superar o entendimento aplicado a partir da interpretação da Súmula 331 do TST, de

responsabilizar subsidiariamente o ente público pela simples ocorrência do inadimplemento de verbas trabalhistas pelo tomador de serviço nos contratos de terceirização de serviço, de forma objetiva, considerando que, atualmente, existe o óbice à condenação automática, segundo o Tema 246 do STF e a fixação do ônus da prova ao Poder Público - desde o julgamento dos embargos de declaração do E-RR-925-07.2016.5.05.0281 pelo TST.

Já o objetivo específico, foi verificar se já existia uma uniformização dos critérios de julgamento para a condenação, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

A relevância do trabalho se justifica na medida em que o estabelecimento do Tema 246 poderá contribuir para evitar situações não isonômicas de tratamento do ente público no âmbito do TRT da 10ª Região, nas ações que tenham como objeto a responsabilidade deste por débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviço.

O estudo se propôs, a priori, a catalogar, enumerar e fazer a estatística de 12 julgados, nos quais houve condenação subsidiária, oriundos das 3 turmas recursais do TRT da 10ª Região, 4 acórdãos por turma, do período de 21/01/2022 a 19/03/2024, haja vista que o RE 760931, do qual derivou o Tema 246, teve o trânsito em julgado em 01/10/2019.

Portanto, o objetivo da fase inicial foi mapear e catalogar as decisões em que a Administração Pública foi condenada a responder subsidiariamente por débitos trabalhistas de empresa prestadora de serviço.

Repisa-se que o estudo partiu de convicções ordinárias desta aluna, que, também, é servidora do TRT da 10ª Região, a contar de consulta ao banco de dados públicos do TRT10 e Jus Brasil. Logo, essas convicções foram extraídas de observações empíricas de julgados no portal eletrônico dessas instituições.

A priori, tais achados nos deram a impressão de que as turmas recursais da 10ª Região, logo após o estabelecimento do Tema 246 em 2019, continuaram reconhecendo a responsabilidade subsidiária do ente público União de maneira objetiva, bastando o inadimplemento da empresa prestadora de serviço, sem considerar a vedação da responsabilização automática pelos débitos trabalhistas, imposta na aludida decisão do STF.

1.1 METODOLOGIA

A seleção dos acórdãos, que foram objeto de análise deste artigo, foi feita sob o seguinte recorte:

Jurisdição: todos os acórdãos selecionados pertencem à jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT10), em virtude desta aluna ter iniciado a sua observação inicial neste local, por trabalhar como servidora nesse órgão.

Tema principal: a pesquisa se concentrou em casos relacionados à responsabilidade do ente público em situações de culpa *in vigilando* e/ou *in eligendo*, conforme estabelecido pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e as restrições contidas no Tema 246 do Supremo Tribunal Federal.

Os acórdãos foram obtidos através de pesquisa à jurisprudência do TRT da 10ª região³, na opção: (Pesquisa Jurisprudência Regional (TRT/10/Varas)), no campo: (Expressão exata), foi inserido o critério de busca: (Tema 246), selecionado no Tipos de documentos: (Acórdão (Ementa) e Acórdão (inteiro teor)). E, na opção Data de Julgamento foi incluído o interregno de 21/01/2022 (data após o recesso forense) a 19/12/2022, (último dia de expediente antes do recesso forense); 21/01/2023 a 19/12/2023 e 22/01/2024 a 19/03/2024 (último dia de análise dos julgados).

Apesar de terem sido selecionadas as opções Acórdão (Ementa) e Acórdão (inteiro teor), o site somente disponibilizou a ementa dos acórdãos, daí porque foi utilizada a “Consulta Processual”, opção “Consulta Completa” por numeração, do site: (<https://www.trt10.jus.br/>) , e o link (<https://www.jusbrasil.com.br/consulta-processual/>) para se ter acesso ao inteiro teor dos julgados.

Outrossim, destaca-se que o critério de busca inicial não foi a Súmula 331 do TST, todavia, a escolha do termo “Tema 246” já foi suficiente para incluí-la como critério de seleção, tendo em vista que todas as decisões em que a Administração Pública foi condenada, em parte ou totalmente, teve como fundamento jurídico principal, ou tão somente, a súmula citada.

Ressalta-se que todos os acórdãos selecionados tiveram como critério para a condenação a culpa *in vigilando* e/ou *in eligendo* do ente público.

Por outra banda, os acórdãos excluídos foram aqueles que não abordaram diretamente a responsabilidade do ente público em casos de culpa *in vigilando* e/ou *in eligendo*, bem como os que julgaram improcedente o pedido de responsabilidade subsidiária.

E, ainda, considerando o elevado número de julgados trazidos pelo sistema de busca, por consulta a cada ano e por turma, 100 por consulta, foram selecionados 4% dos acórdãos de cada

³ Disponível no link:
<https://www.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf;jsessionid=cVND8UreoBrllvrQN9tfYQhfORivFp0fcqcOTUi3.as>

turma, levando em consideração a diversidade de critérios e de fundamentação, independente do ano, já que foi constatado que o teor dos acórdãos se repete com bastante frequência.

Com base nos critérios acima, foram selecionados os seguintes acórdãos para análise neste artigo:

1ª Turma

Processo n. 0000977-57.2020.5.10.0011, 1ª Turma, publicado em 08/06/2022.

Processo n. 0000947-28.2020.5.10.0009, 1ª Turma, publicado em 30/06/2022.

Processo n. 0000551-62.2022.5.10.0015, 1ª Turma, publicado em 23/11/2023.

Processo, n. 0000639-84.2023.5.10.0009, 1ª Turma, publicado em 09/03/2024.

2ª Turma

Processo n. 0000182-09.2020.5.10.0801, 2ª Turma, publicado em 19/11/2022.

Processo n. 0000468-82.2022.5.10.0003, 2ª Turma, publicado em 15/02/2024.

Processo n. 0000751-14.2022.5.10.0001, 2ª Turma, publicado em 16/02/2024.

Processo n. 0000242-92.2023.5.10.0019, 2ª Turma, publicado em 02/03/2024.

3ª Turma

Processo n. 0000932-65.2020.5.10.0007, 3ª Turma, publicado em 23/11/2022.

Processo n. 0000541-54.2022.5.10.0003, 3ª Turma, publicado em 25/11/2023.

Processo n. 0000583-76.2022.5.10.0012, 3ª Turma, publicado em 25/11/2023.

Processo n. 0000023-15.2023.5.10.0008, 3ª Turma, publicado em 09/03/2024.

Em um segundo momento, a pesquisa seguiu um viés de análise qualitativa dos julgados, propondo-se, então, a fazer uma meta-análise dos dados já então organizados.

A finalidade do referido estágio foi identificar se já existia uma mudança de entendimento nos julgados sobre a responsabilidade subsidiária da União e do Distrito Federal, nos casos de terceirização de serviço, e se já havia uma consolidação jurisprudencial sobre a aplicação do Tema 246.

Na segunda fase, foi feita a análise do conteúdo jurídico dos julgados, comparando-os entre si e com o Tema 246, com o escopo de averiguar as discrepâncias e unanimidades.

Consoante se extrai da exposição acima, a pesquisa visou identificar se havia um padrão interpretativo para aplicação do Tema 246, assim como as eventuais discrepâncias de entendimento, para posterior cotejamento com os pressupostos iniciais, com a finalidade de validar ou não a percepção incipiente desta aluna.

Logo, o trabalho, também, teve uma vertente comparativa, pois os julgados foram analisados entre si, à luz das preleções do Tema 246, para responder às indagações propostas.

Insta frisar que esta segunda etapa não derivou da primeira, já que esta foi para organizar e catalogar estatisticamente os dados, enquanto aquela teve o fim de analisar e interpretar esses dados.

Como métodos adicionais de pesquisa foram utilizados leitura mista e sinóptica dos julgados, cujo objeto fosse a aplicação do Tema 246.

Outrossim, foi feita uma seleção da bibliografia pertinente, obtida na biblioteca do TRT da 10ª Região (física e virtual), na Biblioteca do Centro Universitário de Brasília- UNICEUB (física e virtual), Scholar Google - Google Acadêmico (on line) e no Scientific Electronic Library Online - Scielo (*on line*), análise de jurisprudência com utilização de Case Brief e banco de dados do TRT da 10ª Região e do Sistema de Processo Eletrônico PJe.

Os julgados objeto do estudo foram extraídos do banco de dados público e do sistema de Processo Eletrônico, ambos do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

2. O DILEMA PARA APLICAÇÃO DO TEMA 246 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SEARA TRABALHISTA

A percepção particular inicial desta aluna se juntou à tendência registrada no julgamento dos agravos regimentais Rcls 36958, 40652 e 40759, no qual a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal aplicou a jurisprudência da Corte para cassar decisões em que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) não seguiu o entendimento pacificado do STF através do Tema 246.

Na sessão de julgamento dos aludidos agravos, o ministro Luís Roberto Barroso fez a seguinte observação: “O que se verificou foi que o padrão de decisões nessas matérias continua a ser o mesmo” (1ª turma..., 2020). O ministro, ainda, ressaltou: “que há uma resistência do TST em aplicar o entendimento do STF” (1ª turma..., 2020).

3. REFERENCIAL TEÓRICO E JURISPRUDENCIAL

De acordo com Di Pietro (2022), cada vez que a Administração Pública recorre a terceiros para realizar tarefas que ela mesma poderia executar, está ocorrendo a terceirização. No entanto, essa prática muitas vezes resulta em desrespeito aos direitos sociais dos trabalhadores da empresa prestadora de serviços, o que sujeita a Administração Pública às decisões normativas da Justiça do Trabalho, mesmo que se trate de uma contratação regida pelo direito administrativo.

A nobre doutrinadora destaca (Di Pietro, 2022, p.364):

Embora se trate de contratação que obedece às regras e princípios do direito administrativo, a terceirização acaba, muitas vezes, por implicar burla aos direitos sociais do trabalhador da empresa prestadora de serviço, o que coloca a Administração Pública sob a égide do direito do trabalho. Daí a necessidade de sujeitar-se às decisões normativas da Justiça do Trabalho.

Di Pietro (2022) ressalta, ainda, que a jurisprudência entende que a responsabilidade do ente público é subsidiária, ou seja, o Estado só será responsável pelo pagamento das verbas trabalhistas se a empresa terceirizada não tiver capacidade de cumprir suas obrigações decorrentes do contrato de trabalho.

Por oportuno, destaca-se que essa é exatamente a interpretação estabelecida na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Carvalho (2020) reforça esse mesmo entendimento ao afirmar que a empresa terceirizada é a principal responsável pelo pagamento das obrigações trabalhistas, mas caso ela não cumpra com essas obrigações, o Estado deve ser acionado para responder subsidiariamente pelos valores devidos. Da mesma forma, reforça que a responsabilidade do ente público se justifica para garantir os direitos trabalhistas dos empregados terceirizados.

Seguindo a mesma direção do Tema 246 do STF, Carvalho (2020) argumenta que o Estado não pode ser automaticamente responsabilizado por débitos trabalhistas, mas somente quando for evidenciada negligência ou omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada.

Prossegue pontuando que os contratos de terceirização devem ser elaborados de maneira criteriosa, com cláusulas claras e objetivas sobre as obrigações trabalhistas e o dever de fiscalização por parte do ente público.

Ademais, enfatiza-se a importância de uma fiscalização contínua e efetiva da empresa contratada, visando assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas durante todo o período de vigência do contrato de terceirização.

Esse raciocínio é o mesmo defendido por Freitas (2014), eis que prega a importância do direito fundamental à boa administração pública como um pilar essencial para o funcionamento adequado do Estado e para a proteção dos direitos dos cidadãos, já que deve ser vista como um direito fundamental que deve ser garantido aos cidadãos, para tanto evidencia a necessidade de responsabilidade, transparência e eficiência na administração pública, além da importância de mecanismos de controle social e de acesso à informação.

Bandeira de Mello (2013) trata da questão da responsabilidade extracontratual do Estado decorrente de comportamentos administrativos, sob o fundamento de que o Estado deve ser responsabilizado por danos causados a terceiros em decorrência de ações administrativas, em decorrência do princípio da legalidade e do dever de indenizar.

Tal pensamento está consonância com a antiga redação do caput do artigo 71 da Lei 8666/1993, *in verbis*: “O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato” (Brasil, 1993, local).

O § 1º do aludido dispositivo exige a Administração Pública da responsabilidade do pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais no caso de inadimplência do contratado.

Todavia, a Súmula 331 do c. TST- em nítido prestígio aos regramentos constitucionais que consagram o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, assim como o princípio da igualdade, previstos nos artigos 1ª, 5º, caput e inc. II, e 6º da Constituição Federal - passou a responsabilizar a Administração Pública nas hipóteses em que esta não elegeu bem a empresa contratada ou não cuidou de fiscalizar a execução do contrato integralmente (Brasil, 2011).

Neste aspecto, os artigos 4.º da LINDB, 8º da CLT e artigo 126 do CPC têm basicamente o mesmo conteúdo, no sentido de que, no caso de omissão legal, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Insta ressaltar que os preceitos da Súmula 331 do TST se coadunam com as disposições do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, segundo o qual atribui à Administração Pública a responsabilidade pelos danos causados a terceiros pelos seus agentes, bem como com os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, insertos no artigo 1º, incisos III e IV, da CF/88, o que afasta a violação ao princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, II, da CF/1988 (Brasil, 2011).

Além disso, a Súmula 331 (Brasil, 2011) foi formalizada pela composição plenária do TST, de modo que não malfeire a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da CF/1988 e consolidado na Súmula Vinculante n. 10.

Não apenas, o entendimento sumular proferido pelo TST jamais declarou a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/1993 §§ 1º e 2º, mas apenas conferiu interpretação do seu alcance, se acaso evidenciada conduta culposa da Administração Pública no cumprimento das obrigações da Lei de Licitações de 1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Ainda, a Lei 8.666/93 (Brasil, 1993) dispõe ao agente público meios para eleger fornecedores que tenham condições e executar integralmente o contrato, pois estabelece critérios objetivos claros para a escolha da prestadora de serviço, além de determinar que haja a fiscalização de toda a execução do contrato e a prestação de garantias, inclusive as de natureza securitária, de acordo com os artigos 56, §§ e 31, II.

Em uma concepção semelhante, os artigos 34 e 35, da Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008 - alterada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009, Instrução Normativa nº 4 de 11 de novembro de 2009, Instrução Normativa nº 5 de 18 de dezembro de 2009, Instrução Normativa nº 6 de 23 de dezembro de 2013, Instrução Normativa nº 3, de 24 de junho de 2014 e Instrução Normativa nº 4 de 19 de março de 2015. (Revogada pela IN nº 5, de 26 de maio de 2017) - tem a previsão de garantia de pagamento de obrigações trabalhistas no caso de rescisão de contratos públicos, sob o prisma do descumprimento das obrigações trabalhistas ou da não manutenção das condições de habilitação pelo contratado e da obrigação do fiscal do contrato averiguar o pagamento das verbas rescisórias aos trabalhadores ou se a contratada comprovou que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem solução de continuidade do contrato de trabalho (Brasil, 2017).

Senão, vejamos a redação dos supramencionados artigos: “Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado poderá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções” (Brasil, 2017)

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação.

[...]

Art. 35. Quando da rescisão contratual, o fiscal deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho. (Brasil, 2009, local.).

Assim, de acordo com as disposições acima, se houver inexecução do serviço ou o serviço não tenha sido prestado adequadamente pela empresa contratada, a Administração Pública poderá reter o pagamento, além do contrato ser rescindido unilateralmente. Ainda, à Administração Pública é facultado conceder um prazo para que a contratada regularize as obrigações, desde que não exista má-fé ou a incapacidade de a empresa cumprir com os encargos assumidos.

Neste seguimento, no caso de inadimplência ou solução de continuidade, o órgão ou entidade contratante poderá reter a garantia prestada pela contratada até a comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas, sem falar que a garantia poderá ser utilizada para pagar diretamente aos empregados se a empresa não quitar as obrigações dentro de dois meses após a rescisão do contrato com a Administração Pública, consoante previsão no instrumento convocatório e no artigo 19-A, inciso IV, da Instrução Normativa 2 com as suas respectivas alterações.

4. ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

Na sequência, referência dos acórdãos que foram objeto deste estudo, assim como os critérios utilizados pelas turmas recursais para a condenação subsidiária do ente público.

1 – Processo n. 0000977-57.2020.5.10.0011, 1ª Turma, data da publicação do acórdão 08/06/2022: culpa in vigilando do ente público, Súmula 331, IV e V, do TST, artigo art. 1º, IV, e 37, § 6º, da CF/1988, artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93, artigos 186 e 927 do Código Civil.

2 – Processo n. 0000947-28.2020.5.10.0009, 1ª Turma, data da publicação do acórdão 30/06/2022: culpa in vigilando do ente público, Súmula 331, IV e V, do TST, artigos 1º, IV, e artigo 171, § 6º, da CF/1988.

3 - Processo n. 0000551-62.2022.5.10.0015, 1ª Turma, data da publicação do acórdão 23/11/2023: culpa in vigilando, Súmula 331 do TST, IV e V, artigos 186, 392 e 942 do Código Civil.

4 – Processo, n. 0000639-84.2023.5.10.0009, 1ª Turma, data da publicação do acórdão 11/03/2024: culpa in vigilando, Súmula 331 do TST, 1º, incisos III e IV e § 6.º do artigo 37 da Constituição Federal, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Teoria da Responsabilidade Subjetiva da Administração Pública, TCU - Tribunal de Contas da União - acórdão nº 1.214/2013 (ausência de garantia do contrato), CNJ - Conselho Nacional de Justiça - Resolução nº 98/2009 (estabelecendo procedimentos voltados para assegurar o pagamento de salários e verbas rescisórias aos empregados), artigos 186 e 927, *caput*, do CC e artigo 8º da CLT.

5 - Processo n. 0000182-09.2020.5.10.0801, 2ª Turma, data da publicação do acórdão 19/11/2022: culpa *in vigilando* do ente público, Súmula 331, IV e V do TST e Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008 alterada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009, Instrução Normativa nº 4 de 11 de novembro de 2009, Instrução Normativa nº 5 de 18 de dezembro de 2009, Instrução Normativa nº 6 de 23 de dezembro de 2013, Instrução Normativa nº 3, de 24 de junho de 2014 e Instrução Normativa nº 4 de 19 de março de 2015. (Revogada pela IN nº 5, de 26 de maio de 2017).

6 - Processo n. 0000468-82.2022.5.10.0003, 2ª Turma, data da publicação do acórdão 15/02/2024: culpa *in eligendo e in vigilando* do ente público, Súmula 331, IV do TST, Instrução Normativa nº 03/2009 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão artigos 58, III e 67 da Lei 8.666/1993.

7 - Processo n. 0000751-14.2022.5.10.0001, 2ª Turma, data da publicação do acórdão 16/02/2024: culpa *in vigilando* do ente público, Súmula 331, IV e V, do TST.

8 - Processo n. 0000242-92.2023.5.10.0019, 2ª Turma, data da publicação do acórdão 02/03/2024: culpa *in eligendo vigilando*, Súmula 331, IV, do TST, artigo 37, §6º da CF/1988, Princípio da hierarquia das leis.

9 – Processo n. 0000932-65.2020.5.10.0007, 3ª Turma, publicado em 23/11/2022: culpa *in vigilando* do ente público, Súmula 331, do TST.

10 - Processo n. 0000583-76.2022.5.10.0012, 3ª Turma, publicado em 25/11/2023: culpa *in eligendo e in vigilando* do ente público, Súmula 331, IV, V e VI, do TST, artigos. 58, III, e 67 da Lei 8.666/1993, Instruções Normativas Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008 alterada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009, Instrução Normativa nº 4 de 11 de novembro de 2009, Instrução Normativa nº 5 de 18 de dezembro de 2009.

11 - Processo n. 0000541-54.2022.5.10.0003, 3ª Turma, data de publicação do acórdão 25/11/2023: culpa *in eligendo e in vigilando*, Súmula 331, IV, do TST, artigos 58, III e 67 da Lei 8666/1993, Instruções Normativas 03/2009 e 05/2017 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

12 – Processo n. 0000023-15.2023.5.10.0008, 3ª Turma, publicado em 09/03/2024: culpa *in vigilando*, Súmula 331 do TST - itens V e VI, artigos 58, III e 67, § 1º, da Lei n.º 8.666/93.

A partir da análise individual dos acórdãos, especificamente, dos critérios que serviram de base para a condenação subsidiária da Administração Pública, tecemos os seguintes comentários

Uma vez verificada a culpa *in vigilando* e/ou *in eligendo*, no caso concreto, a base da condenação em 100% dos casos é a Súmula 331 do TST, alguns acórdãos citam os incisos IV, V e raramente o VI.

Não raro, há incidência da base legal condenatória ser pautada nos artigos 186, 392, 942 do Código Civil, assim como nos artigos 1º, IV, e 37, § 6º da Constituição Federal, e nos dispositivos da Lei nº 8.666/93, artigos 58, III, e 67.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é citado indiretamente na maioria dos acórdãos, obviamente porque é fundamento essencial do Estado Democrático de Direito que permeia todo o texto constitucional.

De modo semelhante, a Teoria da Responsabilidade Subjetiva da Administração Pública, que emergiu fortemente após o advento do Tema 246 do STF, está imbricada na culpa *in vigilando* e *in eligendo*, e citada nos acórdãos de maneira direta e indireta.

No tocante às Instruções Normativas do Ministério do Planejamento, apesar de o conteúdo complementar à Lei 8.666/93, no que se refere às garantias contratuais e ao dever de fiscalização, foram aplicadas aos casos com menos frequência.

Para melhor ilustrar, elaboramos uma análise estatística dos critérios utilizados por turma de julgamento e uma estatística geral considerando todos os acórdãos:

1ª Turma:

Culpa *in vigilando* (100%);

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (25%);

Teoria da Responsabilidade Subjetiva da Administração Pública (25%);

Decisões do TCU e CNJ (25%);

Instruções Normativas do Ministério do Planejamento (25%).

2ª Turma:

Culpa *in vigilando* (100%);

Instruções Normativas do Ministério do Planejamento (50%);

Princípio da Hierarquia das Leis (33.33%)

3ª Turma:

Culpa *in vigilando* (100%);

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (33.33%);

Teoria da Responsabilidade Subjetiva da Administração Pública (33.33%)

Decisões do TCU e CNJ (33.33%);

Instruções Normativas do Ministério do Planejamento (33.33%).

Na estatística geral:

Culpa *in vigilando* (100%);

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (50%);

Teoria da Responsabilidade Subjetiva da Administração Pública (50%);

Princípio da Hierarquia das Leis (8,33)

Decisões do TCU e CNJ (8,33)

Instruções Normativas do Ministério do Planejamento (50%).

Portanto, o critério mais utilizado foi a culpa *in vigilando* (100%), seguido do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Teoria da Responsabilidade Subjetiva da Administração Pública, Instruções Normativas do Ministério do Planejamento (empatados com 50%).

Os critérios menos utilizados:

Princípio da Hierarquia das Leis (8,33);

Decisões do TCU e CNJ (8,33).

A análise acima mostra uma predominância do critério da culpa *in vigilando* e, em alguns casos, a concomitância da culpa *in eligendo*, para a condenação nos acórdãos analisados.

Por fim, os critérios legais: Súmula 331 do TST, artigos 186, 392, 942 do Código Civil, 1º, IV, e 37, § 6º da Constituição Federal e 58, III, 67 da Lei 8.666/1993, Teoria da Responsabilidade Subjetiva da Administração Pública e princípios (Dignidade da Pessoa Humana, Hierarquia das Leis) foram considerados, refletindo uma abordagem multifacetada na fundamentação das decisões.

CONCLUSÃO

Após a leitura de detida do referencial bibliográfico e da interpretação sistemática dos artigo 37, § 6º, da CF/88; da Súmula 331 do TST, especialmente os incisos IV, V e VI; da Lei 8.666/93, com as alterações feitas pela Lei 12.440/2011, notadamente os artigos 27; 29; 55; 58; 67; 71; 77; 78 e 87; das Instruções Normativa n. 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, alterada pela IN 3, de 16 de outubro de 2009; IN 4, de 11 de novembro de 2009; IN 5, de 18 de dezembro de 2009; IN 6, de 23 de dezembro de 2013; IN 3, de 24 de junho de 2014 e IN no 4, de 19 de março de 2015 e dos 12 julgados objeto da pesquisa, surge a concepção de que a má escolha da empresa contratada (a exemplo da escolha de uma empresa inidônea e da falta de exigência de caução) e/ou o não cumprimento satisfatório do dever da Administração Pública fiscalizar (a exemplo da falta de recolhimento do FGTS, atrasos salariais, extrapolação da jornada de trabalho, supressão do intervalo intrajornada), configura a culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, respectivamente, impondo-se a responsabilização subsidiária do tomador de serviços pelas parcelas inadimplidas pelo prestador de serviços, nos termos dos itens IV, V e VI da Súmula 331 do TST.

Em outros termos, a responsabilização subsidiária dos entes e entidades da Administração Pública, com fulcro na Súmula 331 do TST, não se baseia na teoria da responsabilidade objetiva, mas no elemento culpa.

Repisa-se que o entendimento sumular proferido pelo TST jamais declarou a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/1993 §§ 1º e 2º, mas apenas conferiu interpretação do seu alcance, se acaso evidenciada conduta culposa da Administração Pública no cumprimento das obrigações da Lei de Licitações e Contratos de 1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, logo, não contraria o Tema 246 do Supremo Tribunal Federal.

Na verdade, não é demais lembrar que na teoria da responsabilidade subjetiva existe um dever legal de abster-se (*Neminnem Laeder*). Assim, uma vez presentes os requisitos: culpa ou dolo, ato ilícito, dano, nexo de causalidade, vem o dever de indenizar.

Finalmente, esta aluna modificou a percepção sobre a hipótese inicial, de que as 3 turmas recursais da 10ª Região continuam responsabilizando a Administração pública automaticamente, de forma objetiva - o que, aliás, nunca ocorreu de fato - tendo em consideração que, para que seja suplantada a responsabilidade dos entes e entidades da Administração Pública, é primordial a demonstração da promoção de fiscalização do contrato de terceirização de serviço do seu nascedouro até a sua conclusão, especialmente para se averiguar se houve o cumprimento de todas as obrigações trabalhistas aos que prestam diretamente o serviço, ou seja, aos empregados

da empresa prestadora de serviço, que sequer participaram da contratação com a Administração Pública, mas que contribuíram para a consecução da prestação do serviço público.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

1ª TURMA afasta responsabilidade subsidiária da União em obrigações trabalhistas. **Portal STF JUS Notícias**, 08 set. 2020, 20h 42min. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451222&ori=1>. Acesso em: 11/11/2023.

BARTHOLO, Raquel. Terceirização, responsabilidade da administração pública e o julgamento do TST. **Consultor Jurídico**, 12 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-12/raquel-bartholo-terceirizacao-responsabilidade-estado#:~:text=No%20julgamento%20do%20Recurso%20Extraordin%C3%A1rio,contrata%C3%A7%C3%A3o%20ou%20por%20aus%C3%A2ncia%20>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15/11/2023.

BRASIL. **Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 15 de novembro de 2023.

BRASIL. **Instrução Normativa n. 5, de 25 de maio de 2017**. [Revoga a Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013; Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009]. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/41466?locale=it>. Acesso em: 2 fev. 2024.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa Nº 03, de 15 outubro de 2009**. Altera a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, (Revogada pela IN nº 12, de 2020).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF Nº 324/STF - Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. Tese firmada: I - É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada; II - A terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993. **Diário de Justiça Eletrônico**, 06 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Tema 0246. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. 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. Relatora: Min. Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**, 12 set. 2017, Ata n. 130/2017. DJE nº 206, divulgado em 11/09/2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho). Embargos em Recurso de Revista 925-07.2016.5.05.0281. Recurso De Embargos Em Recurso De Revista. Interposição Na Vigência Da Lei Nº 13.467/2017. Administração Pública. Responsabilidade Subsidiária. Contrato De Prestação De Serviços. Licitação. Decisão Proferida Pelo Supremo Tribunal Federal No Re Nº 760.931. Tema 246 Da Repercussão Geral. Súmula Nº 331, V, Do Tst. Ratio Decidendi. Ônus Da Prova. **Diário de Justiça Eletrônico**, 22 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação - Res. 174/2011), **Diário de Justiça Eletrônico**, 27-31 maio 2011.

CAMPOS, André Gambier. Impactos da terceirização sobre a remuneração do trabalho no Brasil: novas evidências para o debate. **Textos para Discussão IPEA**, Rio de Janeiro, n. 2245, out. 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FEFERBAUM, Marina, QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses 2. Ed. Saraiva, 2019.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 36, n. 70, p. 115–133, 2015. DOI: 10.5007/2177-7055.2015v36n70p115. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n70p115>. Acesso em: 17 nov. 2023.

GÓMEZ, Marcelo Branco. Da responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas. A responsabilização subsidiária da Administração após a ADC nº 16. **JUS Brasil**, 2019. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/da-responsabilidade-subsidiaria-da-administracao-publica-por-encargos-trabalhistas/695670536>. Acesso em 11 nov. 2023.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MATSUMOTO, Jorge Gonzaga; FONTENELLE, Christiana. A evolução legal e jurisprudencial sobre a terceirização da mão de obra. 19 de outubro de 2021. **JOTA**, 19 out. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sumula-331-do-tst-terceirizacao-19102021#:~:text=A%20S%C3%BAmula%20331%5B4%5D%20passou,CONSTA%20DO%20SEU%20OBJETO%20SOCIAL>. Acesso em: 27 mar. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos in Doutrinas Essenciais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 3. p. 1182-1263.

PEREIRA, Marcus Vinicius Mariot. Responsabilidade Civil: Resumo Doutrinário e principais apontamentos. Resumo doutrinário sobre as responsabilidades civil, com sua origem e aplicação em nosso ordenamento jurídico. Responsabilidade Civil nas relações de consumo e a Ação Civil Ex Delicto. **JUS Brasil**, 17 abr. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/responsabilidade-civil-resumo-doutrinario-e-principais-apontamentos/405788006>. Acesso em 10 de março de 2024.