

Gabriel Helmuth Sprung Sasse

**A CULPA *IN VIGILANDO* DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE
TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO-DE-
OBRA**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para a obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mikhail Vieira de Lorenzi
Cancelier

Florianópolis/SC

2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Sasse, Gabriel Helmuth Sprung

A culpa in vigilando da administração pública nos
contratos de terceirização de serviços com dedicação
exclusiva de mão-de-obra / Gabriel Helmuth Sprung Sasse ;
orientador, Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier, 2017.
89 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Culpa in vigilando. 3. Responsabilidade
subsidiária. 4. Administração pública. 5. Terceirização de
serviços. I. Cancelier, Mikhail Vieira de Lorenzi. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em
Direito. III. Título.

Gabriel Helmuth Sprung Sasse

**A CULPA *IN VIGILANDO* DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE
TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO-DE-
OBRA**

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis/SC, 04 de Julho de 2017.

Prof. Dr. Humberto Pereira Vecchio
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam
Universidade Federal de Santa Catarina

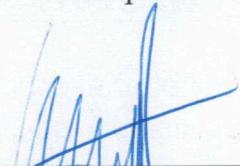
Prof. Me. Rodrigo Steinmann Bayer
Universidade Federal de Santa Catarina

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

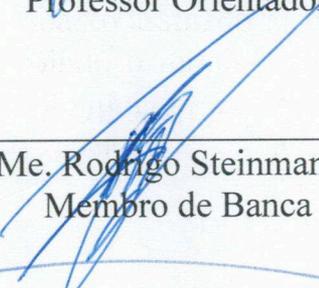
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A Culpa *In Vigilando* da Administração Pública nos Contratos de Terceirização de Serviços com Dedicção Exclusiva de Mão-de-obra”, elaborado pelo acadêmico Gabriel Helmuth Sprung Sasse, defendido em 04/07/2017 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DES), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

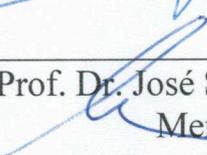
Florianópolis/SC, 04 de julho de 2017.



Prof. Dr. Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier
Professor Orientador



Prof. Me. Rodrigo Steinmann Bayer
Membro de Banca



Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam
Membro de Banca



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Gabriel Helmuth Sprung Sasse

RG: 5.390.648 – SSP/SC

CPF: 084.771.999-57

Matrícula: 12200053

Título do TCC: A Culpa *In Vigilando* da Administração Pública nos Contratos de Terceirização de Serviços com Dedicção Exclusiva de Mão-de-obra

Orientador: Prof. Dr. Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier

Eu, Gabriel Helmuth Sprung Sasse, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis/SC, 04 de julho de 2017.



Gabriel Helmuth Sprung Sasse

Aos meus Pais, Vanderlei e Céline, em seu imenso amor.

À minha Família, em sua incondicional confiança.

À Aline, em seu imensurável carinho.

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho consolida a história que vivi nestes cinco anos de Graduação. Tive a alegria de contar com o apoio e confiança de pessoas muito especiais, para as quais dedico este momento de agradecimento e reflexão.

Agradeço ao meu Orientador, Professor Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier, pelos ensinamentos e importantes apontamentos ao longo desta jornada, tornando possível a elaboração desta Monografia. Estendo o agradecimento ao Professor Rodrigo Steinmann Bayer, pelos precisos direcionamentos no tema estudado, e ao Professor José Sérgio da Silva Cristóvam, pelas palavras de apoio. Em nome desta nobre Banca Examinadora, enalteço minha gratidão aos demais Professores do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pela oportunidade ímpar de aprendizado e por todo o conhecimento transmitido.

Agradeço, em especial, aos meus Pais, Vanderlei e Céline, por todo o amor incondicional e imensurável, guiando meus passos por esta caminhada. São os exemplos que busco seguir, as pessoas que me mostraram o valor da dedicação, do trabalho e do estudo, e me ensinaram a batalhar pelos meus sonhos. Com meus pais, aprendi a importância da Família, para a qual, também, tenho muito a agradecer.

Aos meus Avós maternos, Ademir e Zelma, por tornarem este sonho possível e por nunca medirem esforços para cuidar de todos. Ao meu Avô paterno, Álbio, pelo exemplo de humildade e de afeição, e à minha Avó paterna, Venelda, que nos deixou em saudade eterna no meio desta jornada, reverberando em toda a família a sua perseverança e dedicação.

Aos meus queridos irmãos, Bruno e Gabrielle, os quais acompanhei desde seus primeiros passos, sempre com a incrível habilidade de colocar um sorriso em meu rosto. Aos meus Tios, Tias, Primos e Primas, pela diversão e alegria que sempre proporcionaram, com o sábio tato de encarar os desafios com seriedade sempre que preciso.

À Aline, minha companheira, namorada e querida parceira, por toda sua compreensão, apoio e carinho. Nossa história se iniciou quase em conjunto à minha Graduação, durante a qual, mesmo com a distância, pudemos compartilhar muitos momentos especiais. Sem o seu abraço, suas palavras de conforto e a certeza de que você estaria me esperando, não tenho dúvidas de que a caminhada teria sido muito mais difícil.

Aos meus amigos, os que vêm de longa data, os que vieram com a Universidade, e os que ficam para o restante da vida, agradeço pelos momentos de alegria compartilhados, desejando-lhes todo o sucesso possível. Ainda, aos colegas de trabalho em que pude encontrar

a amizade, na Assembleia, no Tribunal e no Ministério da Fazenda, sou grato por todos os ensinamentos e pelas palavras de suporte.

São inúmeras as pessoas especiais e incríveis com quem compartilhei os últimos cinco anos, para as quais não existem palavras suficientes que expressariam minha gratidão. A alegria das conquistas está na possibilidade de compartilhá-las com vocês. Não tenho dúvidas de que, sozinho, não enfrentaria todos os desafios, pois, sabendo que vocês sempre estarão por perto para me apoiarem, permito-me sonhar e lutar contra todos os obstáculos sem medo de falhar. Às notórias pessoas que fizeram destes cinco anos a mais prazerosa jornada, meu muito obrigado!

RESUMO

O objetivo do trabalho é analisar a culpa *in vigilando*, caracterizadora da responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas inadimplidos na contratação de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão-de-obra. Os principais conceitos utilizados são: terceirização de serviços, responsabilidade civil do Estado, culpa *in vigilando* e fiscalização de contratos. O método abordado parte da pesquisa bibliográfica para definir os conceitos e, então, analisá-los em sua aplicação prática, por pesquisa jurisprudencial. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública não é automática, fazendo-se necessária contundentes provas de que houveram falhas na atividade de fiscalização, as quais devem estar conectadas pelo nexo de causalidade aos danos sofridos pelos empregados terceirizados. A falta de provas ou a mera ocorrência de inadimplemento não autorizam a extensão da responsabilidade à Administração, sob pena de se admitir a aplicação da teoria do risco integral na seara administrativa. A atividade de fiscalização de contratos pela Administração Pública, enquanto obrigação de meio, só constitui culpa *in vigilando* do Estado quando não há atuação adequada ao resguardo dos direitos do trabalhadores, demonstrando-se claramente que o órgão público não agiu face à violação de obrigações trabalhistas das empresas com as quais contrata. Estender esta responsabilização de maneira irrestrita violaria a própria ideia de terceirização, fazendo-se imprescindível que haja um claro regramento jurídico para a matéria, de modo que se possa sanar as divergências vislumbradas na jurisprudência e, ainda, impedir a utilização de teses jurídicas genéricas para a condenação direta da Administração Pública sem a efetiva análise do caso concreto.

Palavras-chave: Culpa *In Vigilando*. Responsabilidade Subsidiária. Terceirização de Serviços. Administração Pública.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the *in vigilando* guilt, characterizing the subsidiary responsibility of the Public Administration for defaulted labor obligations in the hiring of outsourced services with exclusive dedication of labor. The main concepts used are: outsourcing of services, civil responsibility of the State, *in vigilando* guilt and supervision of contracts. The applied method begins with bibliographic research to define the concepts and then analyze them in their practical application, using jurisprudential research. Subsidiary responsibility of the Public Administration is not automatic, demanding strong evidence of failures in the supervision of the contract, which must be connected by causal link to the damages suffered by outsourced employees. The lack of evidence or the mere occurrence of unpaid labor obligations does not authorize the extension of the responsibility to the Administration, under penalty of admitting the application of the theory of integral risk in the administrative area. The activity of contract supervision by the Public Administration, as an obligation of mean, only constitute the *in vigilando* guilt when there's not adequate action to safeguard workers' rights, clearly demonstrating that the public agency did not act in the face of breach of obligations by the hired companies. Extending this responsibility in an unrestricted manner would violate the very idea of outsourcing, making a clear legal rule for this matter indispensable, so as to remedy the divergences envisaged in the jurisprudence and also to prevent the use of generic legal theses for automatic condemnation of the Public Administration without the effective analysis of the concrete case.

Keywords: *In Vigilando* Guilt. Subsidiary Responsibility. Services Outsourcing. Public Administration.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRASF - Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras

ADC - Ação Direta de Constitucionalidade

AIRR - Agravo de Instrumento em Recurso de Revista

CC - Código Civil

CF - Constituição da República Federativa do Brasil

CNDT - Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho

DEJT - Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho

DJe - Diário da Justiça eletrônico

FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

IN - Instrução Normativa

INSS - Instituto Nacional do Seguro Social

RE - Recurso Extraordinário

RO - Recurso Ordinário

RR - Recurso de Revista

STF - Supremo Tribunal Federal

TCU - Tribunal de Contas da União

TRT - Tribunal Regional do Trabalho

TST - Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS	17
2.1	Conceitos de Terceirização e sua história.....	17
2.2	Terceirização na Administração Pública Brasileira	19
2.3	A Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho e a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/2007	23
3	ANÁLISE E ELEMENTOS DA CULPA <i>IN VIGILANDO</i>	30
3.1	Responsabilidade Civil do Estado.....	30
3.2	Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública nos Contratos de Terceirização de mão-de-obra: Elementos caracterizadores da Culpa <i>In Vigilando</i>	36
3.3	Fiscalização de Contratos Terceirizados da Administração Pública.....	40
4	JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A APLICAÇÃO PRÁTICA DO INSTITUTO DA CULPA <i>IN VIGILANDO</i>	48
4.1	Análise da Jurisprudência Brasileira na Aplicação da Culpa <i>In Vigilando</i> sob o enfoque da Justiça Trabalhista.....	48
4.2	A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o Recurso Extraordinário nº 760.931	67
4.3	Consequências do RE nº 760.931, Lei nº 13.429/2017 e Prospectivas.....	73
5	CONCLUSÃO	79
	REFERÊNCIAS	85

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho consiste na culpa *in vigilando* da Administração Pública em contratos administrativos de terceirização de serviços com dedicação exclusiva de mão-de-obra. Pretende-se abordar e aprofundar o estudo da culpa *in vigilando*, elemento essencial que fundamenta a responsabilidade subsidiária de um ente público em face de obrigações trabalhistas inadimplidas por empresa contratada para desempenhar serviços por intermédio de funcionários terceirizados. Para tanto, necessário analisar o que caracteriza tal conduta culposa da Administração, e como falhas de fiscalização do contrato administrativo pelo ente público podem formar sua responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas.

Consubstancia-se o problema da pesquisa da seguinte maneira: é possível delimitar quais elementos caracterizam a culpa *in vigilando* da Administração Pública nos contratos de terceirização de serviços com dedicação exclusiva de mão-de-obra, e se estes elementos são observados na jurisprudência brasileira? A hipótese básica a ser trabalhada está na resposta positiva ao problema, buscando-se demonstrar que a fiscalização efetiva do ente público pode inibir sua responsabilização. Ainda, quanto à aplicação prática dos elementos conformadores da culpa *in vigilando*, tem-se com hipótese secundária que não há uniformidade da jurisprudência na correta utilização do instituto.

O objetivo principal da pesquisa é justamente demonstrar como se delimita a responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos contratos de terceirização de serviços, buscando-se definir conceitos claros para a caracterização e eventual afastamento da culpa *in vigilando*. A ideia é cumprir o objetivo por intermédio da análise de conceitos de terceirização e fiscalização, estudo dos marcos legislativos e jurisprudenciais da matéria, e, por fim, cotejo analítico de julgados recentes da Justiça Trabalhista e do Supremo Tribunal Federal.

A questão da definição e delimitação da culpa *in vigilando* da Administração Pública nos contratos de terceirização de mão-de-obra é atual e contemporânea, tanto que foi objeto de recente julgamento de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (STF), por intermédio do Recurso Extraordinário 760.931. A responsabilização subsidiária da Administração é uma constante em inúmeros casos sob análise da Justiça do Trabalho brasileira, merecendo estudo para que possa ser aclarado em que casos ocorre ou não a conduta culposa do órgão público na condução da fiscalização contratual.

O número de casos em tramitação na Justiça do Trabalho que envolvem a responsabilização subsidiária e, ainda, a amplitude da terceirização das atividades-meio da

Administração Pública no Brasil justificam a importância do tema, de grande relevância para as searas trabalhista e administrativa. O passivo trabalhista gerado pelos casos de condenação subsidiária de entes públicos nos contratos de terceirização vem gerando uma série de iniciativas do Poder Público, como a edição constante de Instruções Normativas e outros instrumentos legais utilizados para regular a fiscalização de contratos e a iniciativa de utilização de contas vinculadas para depósito de proventos de funcionários terceirizados, de modo a garantir o pagamento de férias, 13º salário e eventuais rescisões.

O presente estudo pretende adotar uma abordagem diferenciada, discorrendo sobre responsabilidade subsidiária da Administração Pública com enfoque na figura da culpa *in vigilando* e nos elementos de sua caracterização. Por meio de análise jurisprudencial, pretende-se trazer luz aos argumentos que embasam as decisões da Justiça Trabalhista e de que modo é observado o conceito da culpa *in vigilando* nos casos concretos, indo além do estudo bibliográfico.

Enquanto servidor público que atua diretamente com contratos de mão-de-obra terceirizada na Administração Pública, tem-se como interesse deste autor a adequada conceituação da culpa *in vigilando*, de modo a demonstrar qual a atuação do ente fiscalizador que se mostra suficiente e satisfatória para atender aos requisitos da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. O que despertou a curiosidade foi verificar-se que, em algumas Reclamações Trabalhistas, apesar da farta demonstração documental da fiscalização do contrato, a União ainda assim restou condenada subsidiariamente pela Justiça do Trabalho.

No primeiro capítulo, intenta-se demonstrar alguns conceitos de terceirização de serviços, pontuando-se o contexto histórico em que o instituto foi criado e como se deu seu crescimento e introdução no Brasil. Na sequência, abordar-se-á a terceirização na Administração Pública brasileira, buscando-se estudar o arcabouço legal que a sustenta e inquirir quais atividades o Poder Público está autorizado a terceirizar, definindo-se as ideias de atividades-meio e atividades-fim.

Ao se demonstrar a evolução legislativa do país na matéria de terceirização de serviços na Administração Pública, objetiva-se investigar as origens da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho e os processos que ocasionaram suas modificações, bem como as respectivas consequências jurídicas. A Súmula nº 331 é instrumento jurisprudencial fundamental para regulamentar a terceirização no Brasil, trazendo incisos específicos para tratar da Administração enquanto contratante.

Ainda assim, a aplicação da Súmula pelos Tribunais incitou a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, junto ao Supremo Tribunal Federal, a qual se pretende analisar. Seu objeto foi o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, a qual prevê que não há responsabilidade da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas das empresas contratadas. Com o julgamento da ADC, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a Súmula nº 331, prevendo então a responsabilidade subsidiária do ente público pelos encargos trabalhistas inadimplidos de empresa terceirizada. Pretende-se finalizar o primeiro capítulo adentrando a ideia de responsabilidade subsidiária e os conceitos de culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo* da Administração.

Passando-se ao segundo capítulo do trabalho, a intenção é analisar a responsabilidade civil do Estado e as teorias que permeiam o direito brasileiro no tema. Ao conceituar as possíveis categorizações da responsabilidade civil, pretende-se estudar a responsabilidade objetiva do Poder Público e a Teoria do Risco Administrativo, além de se definir o que é responsabilidade subsidiária e responsabilidade subjetiva. Em seguida, tratar-se-á das posições doutrinárias frente à possibilidade de responsabilidade civil da Administração por sua omissão.

Prosseguindo-se, o objetivo é aplicar os conceitos de responsabilidade civil do Estado aos preceitos da última redação da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, verificando se a responsabilidade subsidiária ali prevista possui fundamento jurídico. Então, avançando-se da discussão das delimitações jurídicas da responsabilidade subsidiária, quer-se demonstrar quais os elementos que ensejariam a culpa *in vigilando* da Administração Pública, e de que maneira tais elementos se concretizariam nos casos a serem analisados pela Justiça Trabalhista.

Com isto, tem-se a necessidade de se debruçar sobre o dever de fiscalização da Administração face aos seus contratos administrativos, no que se pretende definir o que é e quais são os parâmetros de fiscalização e como ela deve se processar. Entendendo-se a legislação que traz tal obrigação, a intenção é delimitar como o Estado precisa fiscalizar para que possa afastar eventual responsabilidade subsidiária por obrigações trabalhistas inadimplidas das empresas interpostas. Nesse ponto, válida uma análise da figura do fiscal de contrato e de suas incumbências.

Por fim, no terceiro capítulo desta Monografia a ideia é analisar a jurisprudência brasileira recente na aplicação do instituto da culpa *in vigilando* e da responsabilidade subsidiária da Administração na terceirização de serviços com dedicação exclusiva de mão-

de-obra. Iniciar-se-á a investigação jurisprudencial por meio de decisões da Justiça Trabalhista, determinando-se como os limites impostos pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho e pela Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 do Supremo Tribunal Federal vêm sendo interpretados pelos Órgãos de Julgamento.

Após a verificação da jurisprudência trabalhista sobre o tema, volta-se a atenção às decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, em especial com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931, o qual reconheceu repercussão geral à matéria. Quer-se estudar quais as possíveis consequências do RE nº 760.931 sobre a responsabilidade da Administração Pública por encargos trabalhistas advindos da terceirização, demonstrando-se em quais fundamentos se sustentou o julgamento e como o STF vem absorvendo-o. Por fim, tecer-se-á comentário sobre a recente Lei nº 13.429/2017, a qual trouxe dispositivos expressos tratando da terceirização de serviços no Brasil.

O método a ser adotado na elaboração desta Monografia é o dedutivo, perfazendo análise principiada em conceitos gerais de terceirização e das temáticas inerentes à Administração Pública e sua responsabilização subsidiária em face da culpa *in vigilando*, para então se estabelecer como esses conceitos podem ser operacionalizados na prática. A particularização se dará na medida em que se coteja a jurisprudência brasileira, utilizando-se como procedimento a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, baseando-se em livros, artigos de pesquisa e julgados recentes. A técnica a ser empregada será a da análise de conteúdo por pesquisa documental, pesquisa jurisprudencial, revisão de textos e estudos comparativos.

2 TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

Trabalho é a "soma de energia necessária à manifestação de qualquer atividade"¹. As empresas, em geral, possuem um núcleo fundamental dentre os trabalhos desenvolvidos, o qual consiste nas atividades básicas para as quais a entidade foi constituída. Contudo, além deste núcleo fundamental, a empresa ainda necessita de outras atividades secundárias, as quais servem de apoio para o alcance de suas metas principais². Estes serviços secundários são passíveis de terceirização.

2.1 Conceitos de Terceirização e sua história

A terceirização de serviços é um processo de gestão de empresas em que se transfere para terceiros a execução de tarefas que, inicialmente, seriam executadas dentro da própria empresa tomadora dos serviços. É uma maneira de execução indireta de certas atividades da empresa. Consubstancia-se na formação de uma parceria em que determinada mão-de-obra é transferida para outros trabalhadores, mais especializados, aumentando a competitividade da empresa³.

A empresa, buscando seu sucesso, precisa ter excelência em suas atividades essenciais, repassando aquelas que assim não o forem para uma empresa terceirizada. Essas parcerias possibilitam à tomadora de serviços focar na atividade fim de seu negócio.⁴ A terceirização é um fato jurídico voluntário, geralmente constituído por meio de contrato, apto a criar, alterar e extinguir relações jurídicas⁵.

No conceito de Valentin Carrion, a terceirização é o "ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (atividades ou serviços não

¹ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 159.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Terceirização no setor público: encontros e desencontros*. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 61.

³ VIEIRA, Virginia Kirchmeyer; FORTINI, Cristiana. *A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto nº 2.271/97, a Instrução Normativa nº 02/08 e suas alterações, a ADC nº 16 e a nova Súmula nº 331 do TST*. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 39.

⁴ GIRARDI, Dante. *O impacto da Terceirização nas Organizações: Evolução histórica e tendências*. Florianópolis: Ed. Pandion, 2008, p. 21-22.

⁵ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 60-61.

incluídos nos seus fins sociais) para que esta a realize habitualmente com empregados desta; transporte, limpeza e restaurante são exemplos típicos".⁶

Na terceirização, prática de descentralização empresarial, ocorre a separação da relação econômica de trabalho da relação jurídica trabalhista que lhe seria correlata. O trabalhador é inserido no processo de produção do tomador de serviços sem que haja relação trabalhista entre estas duas partes, relação jurídica esta restrita ao empregado e a empresa contratada.⁷

A origem da terceirização remete aos anos 1940, durante a aliança dos Estados Unidos e países europeus em face do nazismo e do Japão. Durante a Segunda Guerra Mundial, a indústria armamentária americana, com o objetivo de manter a prevalência da aliança no combate, encontrou na terceirização uma solução: direcionar seus esforços para a produção de armas, enquanto as atividades secundárias, como vigilância e limpeza, eram repassadas para outras empresas prestadoras de serviços. Na década de 50, a terceirização ganhou força com o crescimento acelerado da indústria, a qual buscava atender à demanda deixada pela Segunda Guerra.⁸

A renovação tecnológica promovida em meio a realidade da crise econômica deflagrada em meados da segunda metade do século XX trouxe a necessidade da redução dos custos de mão-de-obra e, ainda, exigiu que os serviços de apoio das empresas se tornassem cada vez mais qualificados.⁹

O movimento de *downsizing*, ou seja, achatamento das empresas, também contribuiu para o crescimento da terceirização, no qual a instituição busca simplificar seu organograma diminuindo os níveis hierárquicos internos. Tal simplificação reduz o número de cargos na empresa e torna a tomada de decisões mais rápida, uma vez que os entraves intermediários são eliminados. Com o *downsizing*, as empresas passaram a focar cada vez mais no seu núcleo principal de atuação, repassando para terceiros as atividades de apoio. Surge assim o *outsourcing*, termo traduzido para o Brasil como terceirização.¹⁰

⁶ CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das Leis do Trabalho*. 32. ed. Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 307.

⁷ TOURINHO, Rita. *A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contratado: a legalidade frente ao ideal de justiça*. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 102.

⁸ GIRARDI, op. cit., p. 29.

⁹ TOURINHO, op. cit., loc. cit.

¹⁰ GIRARDI, op. cit., p. 30-31.

Nos anos 90, as empresas passam a centralizar seus esforços nas necessidades de seus clientes, estudando o perfil de quem usufruía de seus serviços para conquistar o mercado. Nessa aproximação com o cliente, empresas médias e pequenas levaram vantagem, pois tinham acesso mais rápido e direto à clientela, sobressaindo-se assim na disputa empresarial. Às grandes empresas coube a busca de alternativas para reagir neste cenário e retomar a competitividade; uma das alternativas encontradas foi, justamente, a terceirização.¹¹

No Brasil, a terceirização tomou força na década de 1990, tendo como fator de expansão o recesso econômico enfrentado pelo país. As consequências negativas da recessão, como o desemprego, puderam ser amenizadas pela abertura de empresas para oferta de mão-de-obra terceirizada. No princípio, o objetivo da terceirização no Brasil consistia tão somente na redução de custos, amenizando os gastos com mão-de-obra sem considerar fatores como qualidade e produtividade. Há que se considerar que foi a indústria automobilística que importou a terceirização para o país, fruto de experiências no exterior, indústria esta que tinha como meta a agilidade.¹²

2.2 Terceirização na Administração Pública Brasileira

De maneira similar ao movimento ocorrido na iniciativa privada, a Administração Pública encontrou na terceirização a possibilidade de focar seus esforços nas atividades precípuas do Estado, delegando às empresas privadas as chamadas atividades-meio, aquelas que não fazem parte da finalidade para a qual a entidade foi criada. Os benefícios da terceirização vão desde a agilização dos serviços da Administração Pública à promoção do mercado das empresas privadas prestadoras de serviços terceirizados.¹³

Indo além, a Administração Pública tem na terceirização a possibilidade de se desincumbir de tarefas que não se consubstanciam em sua missão institucional. Outros aspectos positivos apontados para a utilização da terceirização estão nas dificuldades que podem ser dirimidas, tais como eventuais greves dos servidores públicos, percalços em sancioná-los, possível desinteresse do agente e impossibilidade de substituição imediata da mão-de-obra.¹⁴

¹¹ Ibidem, loc. cit.

¹² Ibidem, p. 31.

¹³ Ibidem, p. 64.

¹⁴ VIEIRA; FORTINI, op. cit., p. 40.

No que diz respeito à terceirização de serviços, na transposição da experiência da iniciativa privada ao âmbito da Administração Pública esta utilizou-se de uma série de normativos legais. O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, já previa, em seu art. 10, §7º, a execução indireta de atividades pela Administração Pública, especificamente para tarefas meramente executivas, as quais deveriam ser realizadas preferencialmente pela terceirização. Por este decreto, o legislador já determinava que tais atividades da Administração, conhecidas como atividades-meio, deveriam ser objeto de execução indireta. Segundo Sérgio Pinto Martins¹⁵:

A atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com os seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objeto central. É uma atividade de apoio ou complementar. São exemplos da terceirização na atividade-meio: a limpeza, a vigilância, etc. Já a atividade-fim é a atividade em que a empresa concentra seu mister, isto é, na qual é especializada.

Especificando a matéria, o Decreto Federal nº 2.271, de 07 de julho de 1997, no art. 1º, coloca como objeto específico de execução indireta na Administração Pública as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares às competências legais do órgão público, como limpeza, vigilância, recepção e manutenção predial. Por sua vez, determina que as atividades inerentes aos cargos públicos da entidade não são passíveis de execução indireta.

Os Decretos nº 71.236/1972 e nº 74.448/1974, bem como as Leis nº 5.645/1970 e nº 5.845/1972, já destacavam a impossibilidade de a Administração Pública terceirizar suas atividades típicas, que fossem executadas por ocupantes de cargos permanentes da Administração. Por conseguinte, as atividades-fim, definidas pela Administração como competência de seus servidores públicos, não podem ser terceirizadas; já as atividades-meio, além de terem preferência pela terceirização, não devem ser objeto de concurso público da entidade.¹⁶

Carvalho Filho¹⁷ aponta que "a função administrativa deve ser, em princípio, objeto de desempenho pelos agentes que compõem os quadros funcionais dos entes públicos, e nela sobressai o sentido do *interesse público* ao qual está preordenada". A terceirização na

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às súmulas do TST*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 211.

¹⁶ FORTINI, Cristiana; DA PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria. *As terceirizações e as contratações temporárias realizadas pela Administração Pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF*. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 13-15.

¹⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 60.

Administração Pública, portanto, só deve acontecer para as atividades-meio, considerando-se a sua característica de apoio às atividades-fim do órgão. Caso se admitisse a terceirização das atividades finalísticas, estar-se-ia rompendo com as próprias premissas da Administração: aquilo que justificou a criação da entidade estaria sendo transferido para a execução de um terceiro, em manifesta contradição.¹⁸

Apesar dos eventuais facilitadores que a terceirização oferece, há que se considerar que as normas constitucionais continuam em plena vigência, coibindo-se a utilização indistinta da execução indireta de serviços. Gestores públicos, em busca da informalidade que a iniciativa privada oferta, acabam se valendo da terceirização ilícita como um facilitador de contratações.¹⁹

Conforme o ordenamento jurídico brasileiro, existem premissas que justificam a impossibilidade de terceirizar as atividades-fim da Administração Pública. A primeira delas está no princípio constitucional da eficiência administrativa: a constante alteração das empresas contratadas por intermédio de terceirização gera a repetida substituição dos funcionários responsáveis pelas tarefas, descontinuidade esta que não guarda conformidade com a eficiência necessária na consecução das missões fundamentais do Estado.²⁰

Em contínuo raciocínio, a Constituição da República exige, em seu art. 37, II, a imprescindível realização de concurso público para que se preencha os empregos e cargos públicos, com exceção de cargos comissionados e determinados cargos vitalícios. Reforçando a importância do vínculo a ser estabelecido com seus agentes, a Constituição dedica alguns dispositivos aos servidores públicos e ao regime pelo qual são geridos, dirimindo qualquer questionamento sobre a necessidade de que as atividades tipicamente estatais não sejam executadas por mão-de-obra relacionada com o Estado de maneira precária.²¹

Corroborando o argumento, o Tribunal de Contas da União (TCU) decidiu, no Acórdão nº 019784/2011-2 (Plenário), que é "ilegal a utilização de mão-de-obra terceirizada para a execução de atividades-fim do órgão/entidade uma vez que contraria a regra do concurso público, consagrada no art. 37, II, da Constituição Federal".

A definição do vínculo existente entre a Administração e o agente que lhe presta serviços, seja ele servidor público ou funcionário terceirizado, é ponto chave ao se determinar

¹⁸ Ibidem, p. 61.

¹⁹ VIEIRA; FORTINI, op. cit., p. 40.

²⁰ Ibidem, loc. cit.

²¹ Ibidem, p. 40-41.

a licitude da terceirização. Os regimes jurídicos que regulam os servidores públicos são mais rígidos do que os existentes na iniciativa privada, que se rege pelo contrato de trabalho.²²

Carvalho Filho²³, ao tratar dos agentes públicos no direito brasileiro, assim dispõe:

O quadro básico dos *agentes públicos* no direito pátrio, com uma ou outra visão dissonante no campo doutrinário, constitui-se de três categorias: a dos *agentes políticos*, que mantêm com o Estado um vínculo tipicamente político e cujas funções têm previsão constitucional; a dos *agentes colaboradores*, que, sem vínculo profissional típico, auxiliam o Poder Público no exercício de algumas funções específicas e relevantes; e a dos *servidores públicos*, que constituem a grande massa de trabalhadores do Estado e cujo vínculo é o que efetivamente se configura como de caráter profissional.

Por conseguinte, os servidores públicos são pessoas físicas remuneradas pelos cofres públicos que prestam serviços diretamente à Administração Pública, mantendo com esta vínculo empregatício. O acesso a tal categoria dá-se majoritariamente por concurso público, dividindo-se os servidores públicos, ainda, em outras três categorias, conforme o regime jurídico disciplinador: *servidores estatutários*, os quais ocupam cargos públicos e se sujeitam ao regime estatutário; *empregados públicos*, em regime celetista, sujeitos à legislação trabalhista e ocupando empregos públicos; e os *servidores temporários*, contratados por tempo determinado diante de excepcional necessidade de interesse público.²⁴

Seja qual for o regime jurídico no qual o servidor público estiver enquadrado, este sempre terá vínculo funcional com a Administração Pública. Constituirá, portanto, a força de trabalho do serviço público, desempenhando atividades no quadro funcional do ente federativo com o qual tenha sua relação. Na terceirização, por sua vez, não se formará qualquer vínculo funcional entre a Administração Pública e o funcionário terceirizado. As únicas hipóteses de vinculação direta entre Estado e prestador pessoa física são os mencionados regimes jurídico-funcionais dos agentes públicos.²⁵

É constitucionalmente incompatível que a Administração entregue suas atividades essenciais a agentes com os quais não mantenha vínculo jurídico. Portanto, para que a terceirização seja lícita, é fundamental que a essência das tarefas transferidas para os funcionários da empresa contratada não sejam atividades-fim da Administração.²⁶

Por conseguinte, a terceirização lícita é aquela em que está definida a característica instrumental do serviço contratado. É quando a Administração Pública almeja o resultado

²² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 64.

²³ Ibidem, loc. cit.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 598-599.

²⁵ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 66.

²⁶ VIEIRA; FORTINI, op. cit., p. 41.

final da prestação de um serviço de apoio, remunerando diretamente a empresa prestadora. Já a terceirização ilícita, também chamada de terceirização simulada, ocorre quando o objetivo do contratante é, na verdade, a locação de mão-de-obra para substituir servidores ou empregados públicos.²⁷

Na terceirização simulada, o que a Administração está buscando não é o resultado do serviço, mas sim o trabalhador específico que irá executar as atividades, mesmo que remunere unicamente a empresa. A terceirização não pode se prestar como um disfarce para práticas ilícitas na composição da força de trabalho da Administração.²⁸

A Instrução Normativa nº 02/2008, do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a qual vinha regulamentando a contratação de serviços continuados na Administração Pública Federal, já preconizava claramente que deve-se evitar utilizar como parâmetro de remuneração da empresa contratada o número de horas trabalhadas ou a quantidade de mão-de-obra disponibilizada, uma vez tratem-se de indicadores que não asseguram o atendimento do interesse público, qual seja, o alcance do produto final demandado.²⁹

Resumindo, de modo a conferir licitude ao processo de terceirização na Administração Pública, observando-se as normas constitucionais, alguns requisitos devem ser preenchidos: o vínculo da Administração Pública, enquanto tomadora dos serviços, deve se constituir tão somente com a empresa regularmente contratada; a relação da Administração com o empregado da contratada não admitirá subordinação direta nem pessoalidade, uma vez que o vínculo de emprego do trabalhador é sempre com a empresa; por fim, não devem existir cargos da Administração Pública que tenham como função a mesma tarefa terceirizada, ou, ainda, tais cargos devem estar extintos ou em extinção.³⁰

2.3 A Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho e a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/2007

Em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), contemporânea à realidade social e econômica da época, só previa a possibilidade de empreitada e subempreitada na subcontratação de mão-de-obra (art. 455), sem matéria específica de terceirização. Com a

²⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 67.

²⁸ Ibidem, p. 67-68.

²⁹ FORTINI; DA PIEVE, op. cit., p. 15-16.

³⁰ Ibidem, p. 17-18.

evolução da economia, a Lei nº 6.017, de 1974, trouxe a possibilidade da terceirização de atividade permanente da empresa quando da transitória necessidade de substituição de pessoal da tomadora, em contrato de, no máximo, 90 dias para o mesmo empregado. Já em 1983, com o advento da Lei nº 7.102, admitiu-se também a terceirização contínua de serviços de vigilância em instituições bancárias.³¹

Nesta linha, conforme a realidade jurídica da época, o Tribunal Superior do Trabalho veio a regular a terceirização por meio do Enunciado nº 256, de 1986, o qual ditava que, "salvo nos casos previstos nas leis n. 6.019/74 e 7.102/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se vínculo empregatício direto com o tomador do serviço". Portanto, segundo o TST, qualquer forma de terceirização seria ilícita, com exceção da necessidade transitória por prazo máximo de 90 dias e da vigilância no setor bancário.

Este entendimento foi revisado pelo TST em 1993, com a edição da Súmula nº 331, a qual teve a seguinte redação original:

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

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

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

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

A regra geral prevista no inciso I da Súmula nº 331 do TST era de que, com exceção dos casos previstos expressamente no normativo, a terceirização de trabalhador por empresa interposta seria irregular, tendo como efeito o vínculo direto do trabalhador com o tomador dos serviços. O objetivo da Súmula era proteger o trabalhador e garantir os seus direitos trabalhistas³².

A previsão do inciso II, de que a contratação irregular de trabalhador para prestar serviços junto à Administração não gera vínculo empregatício com o órgão público, veio em sintonia com a previsão constitucional de necessidade de concurso público para admissão de

³¹ TOURINHO, op. cit., p. 102.

³² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 68.

peçoal (art. 37, II, CF). Portanto, ainda que o trabalhador terceirizado exerça funções típicas de cargo ou emprego público, não terá vínculo formado com a Administração Pública.³³

As inovações da Súmula nº 331 ficaram por conta dos incisos III e IV. O inciso III regulamentou a diferenciação entre atividades-meio e atividades-fim, autorizando a terceirização apenas nos casos de atividade-meio, condicionando-se, ainda, à impessoalidade e à inexistência de subordinação do trabalhador com a tomadora do serviço.

O inciso IV, por sua vez, em decorrência da observância da Justiça do Trabalho da existência de empresas de fachada sem qualquer capacidade de honrar com suas obrigações trabalhistas, regulamentou a responsabilização originada da relação jurídica terceirizada. Dessa forma, tendo participado da relação processual e constando de maneira expressa do título executivo judicial, o tomador de serviços seria, em qualquer caso, responsável subsidiário diante do inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da empresa interposta. Não houve, neste momento, qualquer diferenciação entre terceirização lícita ou ilícita para determinar a responsabilização subsidiária.³⁴

Inicialmente, o entendimento que se consolidou foi de que o inciso IV da Súmula nº 331 não seria aplicável aos órgãos da Administração Pública, os quais, portanto, não seriam responsáveis subsidiários pelas obrigações trabalhistas inadimplidas da empresa terceirizada. Tal entendimento embasou-se na contemporânea Lei nº 8.666, de 1993, que regula os procedimentos licitatórios para compra de materiais e aquisição de serviços na Administração Pública.³⁵ Dispôs em seu art. 71, §1º, que o inadimplemento de obrigações trabalhistas da empresa interposta não gera a responsabilidade da Administração por tais obrigações:

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 estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (redação original) (grifou-se)**

Contudo, este entendimento inicial de não aplicação do inciso IV da Súmula nº 331 à Administração Pública não acompanhou a evolução da terceirização nos anos 90. A contratação de empresas interpostas para fornecimento direto de mão-de-obra à Administração Pública, em flagrante terceirização ilícita, aumentou significativamente, o que foi exacerbado com a imposição do limite de gastos com pessoal da Lei de Responsabilidade

³³ TOURINHO, op. cit., p. 103-104.

³⁴ Ibidem, loc. cit.

³⁵ Ibidem, p. 105.

Fiscal. Somado a isto, a Justiça do Trabalho veio a enfrentar repetidos casos de empresas terceirizadas que se extinguíam e deixavam inúmeros empregados sem o pagamento de suas obrigações trabalhistas.³⁶

Diante deste cenário, por intermédio da Resolução nº 96/2000, o Tribunal Superior do Trabalho alterou o inciso IV da Súmula nº 331, estendendo a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, no caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da empresa interposta, para os órgãos da Administração Pública direta e indireta, na seguinte redação:

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

Esta primeira alteração do inciso IV da Súmula nº 331 gerou inúmeras decisões da Justiça Trabalhista responsabilizando de maneira direta a Administração Pública pelo inadimplemento de encargos trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, mesmo não havendo qualquer falha da contratante no dever de fiscalizar as empresas interpostas contratadas nas hipóteses permitidas de terceirização. Para caracterização da responsabilização subsidiária, não havia qualquer diferenciação entre o contrato de terceirização legítimo e a terceirização ilícita, em que houvesse simulação contratual.³⁷

A alteração promovida pelo TST suscitou divergência quanto a suposta contradição entre o inciso IV da Súmula nº 331 e o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993. Como já mencionado, tal artigo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos desonera a Administração Pública de qualquer responsabilidade pelos encargos trabalhistas da empresa contratada, enquanto a Súmula previa a responsabilidade subsidiária direta da Administração nestes casos.³⁸

Vieira e Fortini entendem que a Súmula nº 331 do TST, na redação proveniente da Resolução nº 96/2000 do TST, estaria em contradição com o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1933, violando, assim, a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal, nos termos da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal

³⁶ Ibidem, p. 105-106.

³⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 69-70.

³⁸ VIEIRA; FORTINI, op. cit., p. 54-55.

(STF)³⁹: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

Já Di Pietro alude que o aparente conflito não existiria, uma vez que, em seu entendimento, a Súmula nº 331 estaria tratando da responsabilidade subsidiária na terceirização ilícita, enquanto que a hipótese do art. 71, §1º, seria a da terceirização lícita. Sendo assim, a súmula não estaria sobreposta à lei. Segundo a autora, a divergência surgiu por conta da maneira de aplicação do inciso IV da Súmula nº 331 pela Justiça do Trabalho, estendendo-a a quase todos os contratos administrativos.⁴⁰

Em face desta aparente divergência, o então Governador do Distrito Federal ajuizou junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16, de 2007, visando determinar a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, em contraposição à redação da Súmula nº 331 vigente à época. Na Sessão Plenária de 24 de novembro de 2010, o STF reconheceu, por maioria dos votos, a constitucionalidade do referido dispositivo legal, tendo o acórdão sido publicado em 09/09/2011 (DJe n. 173) com a seguinte ementa:

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

A Ministra Carmen Lúcia, em seu voto, destacou que não recai sobre a Administração Pública tomadora de serviços a responsabilidade pela inadimplência de obrigações trabalhistas da empresa contratada, guardando a regra conformidade com a Constituição Federal:

22. Autorizada a contratação pela entidade da Administração Pública de obras e serviços, por meio de licitação, tem-se que a inadimplência dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere à pessoa estatal contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, quando este não o tiver feito.

³⁹ Ibidem, loc. cit.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Terceirização municipal em face da Lei de Responsabilidade Fiscal*. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 96-97.

Não se poderia também onerar o objeto do acordo ou criar qualquer situação que venha a restringir a regularização e o uso das obras ou edificações, inclusive perante o registro de imóveis, sem base legal para tanto.

23. Ao incumbir exclusivamente à empresa contratada o pagamento das obrigações trabalhistas dos empregados a ela vinculados, o art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 fixa os limites da responsabilidade contratual do ente estatal na relação contratual firmada, o que não contraria a Constituição da República. (grifou-se)

Ressalta-se que, apesar de o STF ter rechaçado a hipótese de responsabilidade automática e direta da Administração Pública pelos encargos trabalhistas inadimplidos da empresa contratada (como previa o inciso IV da Súmula nº 331), a Corte não afastou a prerrogativa da Justiça Trabalhista de examinar, face ao caso concreto, se a inadimplência decorreu de falhas de fiscalização do contrato por parte da Administração.⁴¹

Em face da decisão do STF na ADC nº 16, a Súmula nº 331 do TST teve sua redação alterada pela Resolução nº 174/2011 (DEJT de 27, 30 e 31/05/2011), ocasião na qual o Tribunal modificou o inciso IV e incluiu na Súmula os itens V e VI para tratar especificamente da terceirização na Administração Pública:

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

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

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

A anterior responsabilidade subsidiária automática da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas inadimplidas da empresa interposta deu lugar à responsabilidade subsidiária **culposa**, a qual só será caracterizada quando demonstrada a conduta culposa da Administração no cumprimento de suas obrigações legais e contratuais.⁴² Como asseveram Fortini e Da Pieve⁴³:

A nova redação da Súmula 331 do TST indica que a responsabilidade subsidiária não será, portanto aplicada indistintamente pela Justiça do Trabalho, como acontecia em um passado recente, mas tão somente se

⁴¹ Ibidem, p. 97.

⁴² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 71.

⁴³ FORTINI; DA PIEVE, op. cit., p. 23.

comprovada à saciedade a conduta culposa da Administração Pública, livrando-se o ente político da condição de segurador universal.

Conforme a nova redação da Súmula nº 331, a responsabilização subsidiária da Administração Pública só poderá ser decretada em duas situações de atuação culposa da tomadora de serviços, nomeadas na Justiça do Trabalho como culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

A culpa *in eligendo* consiste no descumprimento do procedimento licitatório previsto pela Lei nº 8.666/1993, quando a Administração erra no processo de escolha da empresa contratada.⁴⁴ Destaca-se que a própria Lei de Licitações prevê a possibilidade de desclassificação da licitante quando sua proposta se mostrar inexecutável ou violar a igualdade de concorrência, nos termos do art. 44, segundo o qual não serão admitidas propostas com valores irrisórios ou comprovadamente incompatíveis com o mercado

A culpa *in vigilando*, por sua vez, ocorre quando a Administração Pública não fiscaliza adequadamente o cumprimento das obrigações legais e contratuais da empresa prestadora de serviços, como a comprovação de pagamento do salário dos funcionários, INSS, FGTS, e demais obrigações trabalhistas.⁴⁵ No próximo capítulo, abordar-se-á especificamente os elementos da culpa *in vigilando*, estudando-se como o instituto se caracteriza e de que modo a Administração Pública deve operar sua fiscalização dos contratos administrativos.

⁴⁴ Ibidem, p. 21.

⁴⁵ Ibidem, p. 22.

3 ANÁLISE E ELEMENTOS DA CULPA *IN VIGILANDO*

3.1 Responsabilidade Civil do Estado

Responsabilidade consiste na ideia de reparar um dano, restaurando o equilíbrio de uma situação. Aquele que viola uma norma de conduta deve arcar com as consequências de sua violação, ficando, portanto, responsável, com o dever de restabelecer a situação anterior à violação. Haverá responsabilidade jurídica quando houver prejuízo; ou seja, para que se caracterize, necessário que provenha algum dano individual ou à coletividade, ficando o autor da lesão com a obrigação de reaver o direito lesado.⁴⁶

Conforme Venosa, qualquer ato que causa prejuízo terá como consequência, em princípio, a responsabilização e o consequente dever de indenizar, salvo nos casos em que estiverem presentes excludentes que inibirem essa responsabilidade. Portanto, a pessoa, seja natural ou jurídica, será responsável pelos danos que decorrerem de sua atividade, fato ou negócio celebrado. A responsabilidade civil é o meio pelo qual se regenera o equilíbrio moral ou patrimonial danificado.⁴⁷

Maria Helena Diniz traz o conceito da seguinte maneira⁴⁸:

Poder-se-á definir a *responsabilidade civil* como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

O Código Civil dita, no art. 186, que aquele que viola direito e causa dano a outrem comete um ato ilícito. Este ato ilícito, por sua vez, gera a obrigação de reparação, nos termos do art. 927 do mesmo Código: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Deve-se distinguir, por conseguinte, obrigação e responsabilidade, sendo esta um dever jurídico sucessivo que surge com a violação do direito jurídico originário da obrigação. Conforme Gonçalves⁴⁹:

Obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19-20.

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 01.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 294.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 20-21.

débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível.

A obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, pois, *obrigação* e *responsabilidade*. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional.

A responsabilidade civil admite algumas classificações, dentre elas distinguindo-se responsabilidade civil contratual da extracontratual. A primeira acontece quando o dano causado a outrem ocorre pelo descumprimento de uma obrigação contratual. Por sua vez, a responsabilidade extracontratual dá-se quando o ato ilícito, ocorrido nos termos do art. 186, não decorre de um contrato, mas sim de um dever legal, não havendo um ajuste prévio entre as partes. É também chamada de responsabilidade aquiliana.⁵⁰

Pode-se adotar ainda a classificação entre responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva. A responsabilidade civil subjetiva é caracterizada por um dano que tenha como causa ato doloso ou culposo do agente. São os casos de ações ou omissões decorrentes de negligência ou imprudência, nos termos da previsão do art. 186 do Código Civil, regra geral do sistema de responsabilidade civil brasileiro.⁵¹

Já a responsabilidade civil objetiva será caracterizada independentemente da presença de dolo ou culpa, bastando a demonstração de nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano causado para gerar o dever de indenização. Em geral, tem fundamento nas teorias do risco da atividade que o agente desempenha, com previsões espalhadas na legislação pátria.⁵²

Dispõe o parágrafo único do art. 927 do Código Civil que "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Destaca-se, dentre as teorias do risco presentes no ordenamento jurídico brasileiro, as teorias do risco criado, do risco profissional, do risco-proveito, do risco integral e do risco administrativo. A teoria do risco administrativo decorre da responsabilidade objetiva do Estado prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal.⁵³

⁵⁰ Ibidem, p. 44-45.

⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, volume III: Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

⁵² Ibidem, p. 56-57.

⁵³ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 518.

Uma vez que a responsabilidade é consequência da violação de uma obrigação, para fazer a distinção entre responsabilidade solidária e responsabilidade subsidiária utiliza-se os conceitos das respectivas obrigações. A obrigação solidária é uma obrigação múltipla, materializada quando, havendo mais de um obrigado em um dos polos da relação jurídica, todos respondem pela integralidade da obrigação. Ou seja, na pluralidade de sujeitos, pode-se exigir de qualquer um deles a prestação integral do crédito.⁵⁴

O conceito de obrigação solidária está previsto no art. 264 do Código Civil: "Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda". Conforme ensina Santos ao conceituar, em oposto, a responsabilidade subsidiária, a obrigação deve primeiro ser exigida do devedor principal⁵⁵:

[...] pode-se entender que a responsabilidade subsidiária se diferencia da solidária no sentido de que nesta haverá uma correspondência *horizontal* e naquela, *vertical*, ou seja, na responsabilidade solidária o credor pode exigir a satisfação total do seu crédito de qualquer dos devedores; **já na responsabilidade subsidiária o credor deve exigir do devedor principal para só então exigir do devedor subsidiário**, existindo, portanto, neste caso, o que se denomina *benefício de ordem*. (grifou-se)

Após a delimitação exposta das diferentes classificações da responsabilidade civil no direito brasileiro, cabe destacar que a responsabilidade civil do Estado, enquanto pessoa jurídica, também pode ser contratual ou extracontratual. A responsabilidade contratual estatal é regida por princípios próprios, atinentes aos contratos administrativos. Já a responsabilidade extracontratual do Estado, conhecida como responsabilidade patrimonial, advém de atos jurídicos, atos ilícitos e ações ou omissões do Poder Público que causem danos a terceiros. Diferentemente do regime privado, no âmbito estatal a responsabilidade civil prescinde de ato ilícito, podendo se fundamentar em atos jurídicos que, mesmo lícitos, tragam ônus à vítima, uma vez imputados a agentes públicos.⁵⁶

Historicamente, a responsabilidade civil do Estado foi regulamentada por três principais teorias: teve início com a teoria da irresponsabilidade, evoluindo para a responsabilidade subjetiva fundada na culpa do agente, culminando na responsabilidade objetiva do Estado com base na Teoria do Risco⁵⁷. É esta a teoria adotada atualmente pela

⁵⁴ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79-80.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 80-81.

⁵⁶ DI PIETRO, 2014, op. cit., p. 715-716.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 716.

legislação brasileira, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal: "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

A previsão constitucional é recepcionada pelo art. 43 do Código Civil, o qual também assegura a possibilidade de ação de regresso do Estado em face do agente causador do dano, quando este agir com culpa ou dolo. Assim, tem-se duas modalidades de responsabilidade, quais sejam, a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes que causem dano, e a responsabilidade subjetiva do agente público por sua atuação culposa ou danosa. Para caracterizar a responsabilidade do Estado, será necessário tão somente demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado, assumindo o Estado o risco de suas atividades.⁵⁸

O que fundamenta a responsabilidade civil objetiva do Estado é a Teoria do Risco, segundo a qual os riscos de uma atividade perigosa devem ser suportados por quem as pratica, respondendo pelos danos eventualmente causados. O risco consiste na probabilidade do evento danoso, o qual deverá ser indenizado por quem lhe der causa, prescindindo-se, em face do perigo da atividade, de demonstração de culpa ou dolo.⁵⁹

Conforme a teoria do risco administrativo, o dano que o Estado gera para seus administrados pode advir tanto das atividades normais quanto anormais da Administração. Uma vez que tais atividades são desempenhadas em prol da coletividade, esta também deve arcar com seu ônus, motivo pelo qual recai sobre o Estado, enquanto representante de todos, a responsabilidade pelos danos causados por seus atos, mesmo quando seus agentes não agirem com culpa. O fundamento da teoria está no princípio da igualdade dos indivíduos frente aos encargos públicos.⁶⁰

Nos termos da teoria do risco administrativo, em que pese a previsão constitucional de responsabilidade objetiva do Estado, não está dispensada a demonstração do nexo de causalidade entre a ação da Administração e o dano causado. A teoria do risco administrativo não pode ser confundida com a teoria do risco integral, de modo que o Estado não responda por danos que não tenham sido causados, direta ou indiretamente, pela sua atividade. No risco

⁵⁸ Ibidem, p. 722.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 152.

⁶⁰ Ibidem, p. 257.

administrativo, em que pese não ser necessário demonstrar culpa, aplicam-se as excludentes de nexos de causalidade, como caso fortuito e fato exclusivo de terceiro.⁶¹

Na teoria do risco integral, formar-se-ia a responsabilidade e o dever de indenização mesmo quando não houvesse relação de causa e efeito entre a atividade do agente e o dano. É a doutrina do risco mais radical, a qual seria aplicada independentemente da ocorrência das excludentes de nexos causal. Com efeito, se esta teoria fosse estendida ao Estado, todos os danos sofridos pelo particular deveriam ser indenizados pela Administração Pública, mesmo quando não guardassem relação com as atividades administrativas. Registra-se que, apesar de alguns autores nomearem a responsabilidade do Estado como teoria do risco integral, utilizam a definição aqui empregada para o risco administrativo, não havendo responsabilidade quando não houver nexos causal entre ação e dano.⁶²

A Constituição Federal recepcionou, no já citado art. 37, §6º, a teoria do risco administrativo, na medida em que aduz que só há responsabilidade objetiva do Estado quando o dano for causado por seus agentes. Logo, não há que se falar em risco integral, conquanto a responsabilidade decorre da atividade administrativa, observado o necessário nexos causal. Destaca-se, ainda, que tal responsabilidade só se formará quando o agente do Estado estiver atuando administrativamente, mesmo que não esteja exercitando especificamente suas funções.⁶³

Em face da citada previsão constitucional, questão controvertida que se coloca na doutrina e na jurisprudência é a responsabilidade por danos decorrentes de omissão do Estado, buscando-se determinar se o art. 37, §6º, ao falar de dano causado por agente estatal, também se aplica às condutas omissivas. Para Bandeira de Mello, quando o dano advir de omissão estatal, estar-se-á diante de responsabilidade subjetiva. Logo, o Estado, não tendo agido e, portanto, não sendo o autor do dano, só seria responsabilizado se tivesse o dever de impedi-lo. Aduz que, não havendo obrigação legal do Estado em inibir a lesão, não teria justificativa lhe imputar a responsabilidade patrimonial por suas consequências.⁶⁴

Prossegue o autor discorrendo que⁶⁵:

[...] a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E, sendo responsabilidade por *ilícito*, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do

⁶¹ *Ibidem*, loc. cit.

⁶² *Ibidem*, p. 258.

⁶³ *Ibidem*, p. 260-262.

⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1002-1003.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 1003.

Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Defende, ainda, que existe uma presunção *juris tantum*, ou seja, válida até que se prove o contrário, da culpa do Estado nos casos de responsabilidade subjetiva por omissão, a qual, entretanto, não transforma a responsabilidade em objetiva. Apesar da culpa presumida, pode a Administração fazer prova de que sua omissão não foi culposa ou dolosa, casos em que não haveria responsabilidade, visto a falta de descumprimento de obrigação legal. Discorre o autor que a dificuldade do administrado em provar essa culpa estatal é o que a faz presumir e, inclusive, inverte o ônus da prova, cabendo ao Poder Público demonstrar que estava desincumbido de agir.⁶⁶

Em outra linha doutrinária, Cavalieri Filho entende que o art. 37, §6º, da Constituição Federal, também prevê a responsabilidade objetiva do Estado por suas condutas omissivas, quando estas forem omissões específicas. A omissão específica é aquela na qual o Estado, por sua omissão, é causa direta para a consumação do dano, quando tinha obrigação de impedi-lo com uma ação em concreto. Em seu conceito, "a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado". Sendo assim, quando o Estado tem a obrigação de obstar a lesão, sua responsabilidade seria objetiva, prescindindo-se de análise de culpa ou dolo.⁶⁷

A omissão genérica, por sua vez, acontece quando não existe dever do Estado de agir naquele caso específico. Operando-se o dano, a omissão do Poder Público que lhe serviu de concausa gerará apenas a responsabilidade subjetiva do Estado, pois consubstanciado apenas o dever de evitar o dano, e não de agir especificamente. Caberia ao administrado, então, fazer prova de que a falta da prestação do Estado concorreu efetivamente para o dano.⁶⁸ Resumindo, discorre Cavalieri Filho⁶⁹:

[...] no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá *omissão específica* e a responsabilidade será objetiva; será suficiente para a responsabilização do Estado a demonstração de que o dano decorreu da sua omissão.

⁶⁶ Ibidem, p. 1005-1006.

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 267-268.

⁶⁸ Ibidem, p. 268-269.

⁶⁹ Ibidem, p. 269.

Por fim, cabe tecer comentário quanto à responsabilidade nas relações empregatícias, nas quais o responsável pelos créditos trabalhistas é o empregador, enquanto devedor da relação. Sendo o vínculo de emprego de natureza contratual, apto à produção de efeitos jurídicos, o empregador terá direta responsabilidade pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas que vier a se operar. Admitir-se-á que esta responsabilidade se transmita a terceiros apenas quando a lei assim o prever.⁷⁰

No próximo tópico, buscar-se-á aplicar os conceitos de responsabilidade civil por omissão à conduta culposa da Administração Pública na fiscalização de seus contratos administrativos, demonstrando-se, assim, como se caracteriza a culpa *in vigilando*. Entendendo-se a obrigação de fiscalização da Administração como uma responsabilidade extracontratual, prevista na Lei de Licitações, o objetivo é estudar se tal responsabilidade se enquadra no instituto da responsabilidade subjetiva por omissão genérica.

3.2 Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública nos Contratos de Terceirização de mão-de-obra: Elementos caracterizadores da Culpa *In Vigilando*

Para que se possa aplicar a análise tecida no tópico anterior ao tema central do presente trabalho, faz-se essencial demonstrar qual a fundamentação utilizada pela Justiça Trabalhista para estender à Administração Pública a responsabilidade por obrigações trabalhistas inadimplidas de funcionários terceirizados. Deste modo, necessário analisar o julgado do qual se originou a primeira alteração na redação do inciso IV da Súmula nº 331, o qual, então, passou a prever expressamente a responsabilidade subsidiária da Administração. Tal decisão ocorreu por intermédio do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 297.751, julgado em 11/09/2000, com a seguinte ementa:

Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, **evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária.**

⁷⁰ SANTOS, op. cit., p. 85-86.

Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado [...]. **Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro.** Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo. (grifou-se)

Analisando a decisão proferida, tem-se que, à época, só haveria a aplicação do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, afastando a responsabilidade da Administração pelos encargos trabalhistas, quando a empresa contratada adimplisse regularmente suas obrigações. Ou seja, o simples inadimplemento seria motivo suficiente para a responsabilização subsidiária do Poder Público. O segundo argumento trazido pelo Egrégio TST foi a fiscalização omissiva ou irregular da Administração face ao contrato administrativo, caracterizando a culpa *in vigilando*. Por fim, aduz que a transmissão da responsabilidade também estaria pautada na responsabilidade civil objetiva do Estado, prevista na Constituição, conforme a teoria do risco administrativo, independentemente do dano se concretizar por ação direta ou omissão estatal.⁷¹

Tem-se que, em princípio, o julgado trata da responsabilidade por culpa *in vigilando*, ou seja, uma modalidade de responsabilidade civil que demanda análise da conduta culposa da Administração. Ao final, no entanto, traz a decisão embasamento na responsabilidade objetiva do Estado, segundo a qual não haveria necessidade de se provar dolo ou culpa. Infere-se do Incidente de Uniformização que a culpa *in vigilando* decorreria de uma omissão da Administração ao não fiscalizar. Na hipótese de omissão estatal, segundo o posicionamento de Bandeira de Mello, exposto no tópico anterior deste capítulo, ter-se-ia uma responsabilidade subjetiva, a qual tem como requisito obrigatório a demonstração de conduta culposa em descumprimento a preceito legal. Não seria hipótese de responsabilidade objetiva.⁷²

Como já se demonstrou, a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas é do empregador, recaindo sobre terceiros apenas quando lei expressa assim o prever. Portanto,

⁷¹ SANTOS, op. cit., p. 96-97.

⁷² *Ibidem*, p. 98.

deve haver legislação consubstanciando a obrigação da Administração Pública em fiscalizar os contratos de trabalho da empresa prestadora de serviços, indo além do seu encargo de fiscalizar o contrato administrativo celebrado pelo Poder Público com tal empresa. No julgado do TST, a culpa *in vigilando* restou fundada em simples omissão da Administração, não se cotejando a legislação que especifique as obrigações de fiscalizar.⁷³

Quanto à fiscalização dos contratos de trabalho da empresa interposta, as obrigações da Administração contratante previstas em lei dizem respeito à análise do recolhimento das contribuições previdenciárias e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), conforme os arts. 29, IV, e 71, §2º, da Lei nº 8.666/1993, e da consulta prévia à Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), trazida pela Lei nº 12.440/2011. Em princípio, portanto, a transmissão da responsabilidade à Administração pelas obrigações trabalhistas inadimplidas só poderia ocorrer quando houvesse descumprimento destas hipóteses. Com efeito, sem obrigação legal de ampla fiscalização dos contratos de trabalho, eventuais medidas adotadas pela Administração poderiam caracterizar interferência da contratante na relação trabalhista mantida pelo empregador com seus empregados, desnaturando os preceitos necessários para a terceirização de serviços.⁷⁴

Como já apontado, o Incidente de Uniformização do TST parece trazer fundamentos contrapostos ao tratar da responsabilidade da Administração, apontando, por fim, a responsabilidade objetiva do Estado como base para a condenação do Estado ao pagamento das obrigações trabalhistas: "Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, **estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro**" (grifou-se).⁷⁵

A responsabilidade objetiva do Estado está fundada na teoria do risco administrativo, estudada no tópico anterior deste capítulo. Não se confunde, portanto, com a teoria do risco integral, a qual parece ser adotada no julgado, ao determinar que haverá responsabilidade da Administração sempre que ocorrer dano a terceiro. Acontece que a responsabilidade objetiva consubstanciada no risco administrativo não prescinde de demonstração do nexo de causalidade entre ato da Administração Pública e o dano causado, mesmo que não exija prova

⁷³ Ibidem, p. 98-99.

⁷⁴ Ibidem, p. 99-101.

⁷⁵ Ibidem, p. 108.

de culpa ou dolo. Admitir-se responsabilidade por simples inadimplemento das obrigações pela empresa interposta seria adotar a teoria do risco integral na seara administrativa.⁷⁶

Ter-se-ia situação apta a ensejar a responsabilidade, por exemplo, quando a Administração deixasse de pagar, desmotivadamente, a empresa prestadora de serviços, gerando como consequência o inadimplemento da empresa junto aos seus empregados. Neste caso, portanto, haveria nexos causal entre a conduta do Estado e o dano causado a terceiros. No mais, os riscos do empreendimento cabem ao empregador, nos termos do art. 2º da CLT, não tendo o TST tratado da questão do nexo de causalidade no Incidente de Uniformização.⁷⁷

Ao analisar os fundamentos para eventual responsabilidade subsidiária da Administração Pública no caso de contratos de execução indireta com dedicação exclusiva de mão-de-obra, Santos conclui que⁷⁸:

Assim, não há responsabilidade que se verifique através das culpas *in vigilando* e *in eligendo*, seja porque inexistentes, seja por ausência de previsão legal que exija a obrigação de fiscalização. Da mesma forma, não há que se falar em responsabilidade objetiva, tendo em vista a inexistência do nexo causal entre o que se alega a Administração omitir e o inadimplemento do prestador de serviços terceirizados.

Fato é que, após o julgamento da ADC nº 16/2007 e a última alteração realizada pelo TST na Súmula nº 331, a Administração Pública será responsabilizada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas da empresa interposta quando não realizar adequadamente a fiscalização do contrato de terceirização de mão-de-obra, o que não deve acontecer de forma automática, mas sim com a necessária demonstração de culpa *in vigilando* no caso concreto. Portanto, faz-se necessário que a Administração adote certas medidas com o objetivo de afastar eventual responsabilização.⁷⁹

A primeira destas medidas é a previsão, nos editais de licitação e nas minutas de contratos, da aplicabilidade da previsão legal do art. 71 da Lei nº 8.666/1993. Além disso, em caso de violação das regras previstas na Lei de Licitações pela empresa contratada, deve estar prevista a aplicação de sanções administrativas e a possibilidade de rescisão contratual. Por fim, quando da fiscalização da execução do contrato, cabe à contratante verificar se todas as obrigações trabalhistas, fiscais, comerciais e previdenciárias da empresa prestadora de serviços estão sendo fielmente cumpridas.⁸⁰

⁷⁶ Ibidem, loc. cit.

⁷⁷ Ibidem, p. 108-109.

⁷⁸ Ibidem, p. 112.

⁷⁹ DI PIETRO, 2015, op. cit., p. 98.

⁸⁰ Ibidem, loc. cit.

Tratando-se de situação de subsidiariedade, só restará caracterizada a responsabilidade da Administração Pública quando houver comprovação de sua culpa em falhas na fiscalização do contrato. Tal comprovação só poderá ocorrer no cotejo do caso concreto, diante de elementos fáticos. É necessário delinear quais destes elementos estariam aptos a denotar a conduta culposa.⁸¹

Questão importante a ser colocada quando da delimitação de elementos caracterizadores da culpa *in vigilando* e, conseqüentemente, da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, está no ônus da prova. Em linhas gerais, o art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) dita que a prova das alegações cabe a quem as fizer, enquanto o art. 373, I, do Código de Processo Civil, dispõe que o autor deve provar os fatos que constituem seu direito. Nesta linha, seria ônus do Reclamante trazer provas da falta de fiscalização da Administração, uma vez que este alega a responsabilidade subsidiária.⁸²

No entanto, no caso de não fiscalização do contrato administrativo, o argumento que poderia ser levantado é de que estar-se-ia tentando provar um fato negativo, ou seja, a prova de que algo não aconteceu. Por este raciocínio, o mais cabível seria que a própria Administração demonstrasse elementos de sua fiscalização. Portanto, o ônus da prova deveria ser distribuído conforme o caso concreto àquele que possuir os meios para a produção probatória.⁸³

A Constituição Federal prevê, no art. 37, XXI, que os serviços a serem contratados pela Administração Pública deverão ser precedidos de licitação, a qual garantirá igualdade de competição para todos os licitantes, devendo ser mantidas as condições efetivas da proposta. Após a escolha da melhor proposta, é obrigação da licitante contratada fornecer à Administração as mesmas condições de quando foi habilitada na licitação, cumprindo, durante toda a avença, os termos de sua proposta e pactuados em contrato. Entra em foco, então, o papel do fiscal de contrato, o qual será responsável por verificar se tais condições estão sendo atendidas, garantindo, por fim, o cumprimento do objeto da licitação.⁸⁴

3.3 Fiscalização de Contratos Terceirizados da Administração Pública

⁸¹ SANTOS, op. cit., p. 116.

⁸² Ibidem, p. 123.

⁸³ Ibidem, loc. cit.

⁸⁴ COSTA, Antônio França da. *Aspectos Gerais sobre o Fiscal de Contratos Públicos*. Brasília: Revista do Tribunal de Contas da União, v. 127, p. 58-71, mai./ago. 2013. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojsp/index.php/RTCU/issue/download/3/10>>. Acesso em: 01 mar. 2017. p. 59-60.

A atividade do poder público de fiscalização dos contratos administrativos, delegada pelo art. 58, III, da Lei nº 8.666/1993, é o que determina a existência ou não da culpa *in vigilando* e, conseqüentemente, da responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Deve-se designar um representante da Administração, em ato específico para esse fim, determinando que proceda ao acompanhamento e à fiscalização do contrato, sendo permitida a contratação de terceiro para que lhe auxilie. Tal fiscal tem, dentre suas funções, a de fazer constar em registro próprio toda e qualquer ocorrência que diga respeito à execução do contrato.⁸⁵ São as previsões dos arts. 58, III, e 67, da Lei de Licitações:

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

[...] III - fiscalizar-lhes a execução.

[...] 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.

§ 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.

A fiscalização é um poder-dever da Administração Pública, ou seja, uma prerrogativa legalmente prevista que se consubstancia em uma obrigação, devendo o acompanhamento ser permanente e abranger o período total de execução da avença⁸⁶. Necessário destacar que a atividade de fiscalização da Administração não exime ou reduz a responsabilidade da contratada pelos danos que der causa, conforme o art. 70 da Lei nº 8.666/1993: "O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado".

A empresa contratada, por sua vez, tem como incumbência designar formalmente e manter preposto no local onde a obra ou serviço estiver em execução, para que represente a contratada durante o cumprimento do contrato. Não seria razoável exigir do responsável principal da empresa sua total disponibilidade para atender às solicitações da Administração, motivo pelo qual surge a figura do preposto. É quem recebe reclamações do órgão público, acompanha a execução do contrato e busca sanar eventuais falhas na prestação dos serviços.⁸⁷

⁸⁵ DI PIETRO, 2014, op. cit., p. 284.

⁸⁶ COSTA, op. cit., p. 60.

⁸⁷ Ibidem, p. 62.

Cabe à Administração, ainda, aceitar ou não o preposto designado, nos termos do art. 68 da Lei de Licitações: "O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato".

Quanto à necessidade de nomeação do fiscal de contrato, não há julgamento de conveniência por parte da autoridade competente, senão vejamos a posição do Tribunal de Contas da União⁸⁸:

A propósito, **vale registrar que a prerrogativa conferida à Administração de fiscalizar a implementação da avença deve ser interpretada também como uma obrigação.** Por isso, fala-se em um poder deve, porquanto, em deferência ao princípio do interesse público, não pode a Administração esperar o término do contrato para verificar se o objeto fora de fato concluído conforme o programado, uma vez que, no momento do seu recebimento, muitos vícios podem já se encontrar encobertos. (grifou-se)

Ainda, há que se observar a recomendável segregação das funções de fiscalização e gestão do contrato, não estando estes agentes subordinados entre si. Evita-se, assim, ingerência do gestor nos procedimentos de fiscalização. Nesta mesma linha, sempre que possível, membros que tenham participado da comissão de licitação não devem atuar como fiscais do contrato que advir.⁸⁹

Por vezes, o fiscal designado para acompanhamento do contrato administrativo tem tal competência acrescida às demais que já exercia como agente público, sem que haja a necessária compatibilização de suas incumbências. Em outros casos, o agente escolhido para fiscalizar não possui a aptidão técnica necessária para acompanhar apropriadamente aquele tipo de avença, o que não é sopesado pela autoridade competente que o nomeia.⁹⁰ Nestes casos, a falha de fiscalização do fiscal designado pode alcançar o gestor público que o tenha nomeado, responsabilizando-o por culpa *in eligendo*.⁹¹ O Tribunal de Contas da União possui posicionamento neste sentido⁹²:

9.1.2. designe fiscais considerando a formação acadêmica ou técnica do servidor/funcionário, a segregação entre as funções de gestão e fiscalização do contrato, bem como o comprometimento concomitante com outros serviços ou contratos, de forma a evitar que o fiscal responsável fique sobrecarregado devido a muitos contratos sob sua responsabilidade.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1632/2009. Plenário. Relator: Marcos Bemquerer. Sessão de 22/07/2009. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jul. 2009.

⁸⁹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 4 ed. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 440.

⁹⁰ COSTA, op. cit., p. 58-59.

⁹¹ Ibidem, p. 61.

⁹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1094/2013. Plenário. Relator: José Jorge. Sessão de 08/05/2013. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 mai. 2013.

Cabe destacar que o servidor nomeado para a função de fiscal não pode recusar imotivadamente tal atribuição. Eis que o Estatuto dos Servidores Públicos Federais, estabelecido pela Lei nº 8.112/1990, prevê como dever do servidor, elencado no art. 116, o cumprimento das ordens de seus superiores, com exceção daquelas de manifesta ilegalidade. Por conseguinte, a não ser que demonstre motivos plausíveis que lhe impeçam de exercer as tarefas atribuídas, não cabe ao fiscal designado negar sua nomeação para a função.⁹³

É incumbência do fiscal do contrato proceder ao ateste das medições dos serviços realizados, demonstrando em quais falhas a empresa contratada incorreu ao executar o contrato e quais valores deverão ser glosados na fase de liquidação da despesa contratual. Tal competência demonstra a importância do agente incumbido da função de fiscalização, uma vez que determinará de que maneira se recursos orçamentários e financeiros da Administração serão corretamente alocados.⁹⁴

A recente Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017, da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, trata das diretrizes a serem adotadas no âmbito da Administração Pública Federal na contratação de serviços por execução indireta. A partir do art. 39, disciplina especificamente as atividades de gestão e fiscalização da execução dos contratos, assim definidos:

Art. 39. As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual são o **conjunto de ações que tem por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os serviços contratados, verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas**, bem como prestar apoio à instrução processual e o encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos relativos a repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outras, com vista a assegurar o cumprimento das cláusulas avençadas e a solução de problemas relativos ao objeto. (grifou-se)

A Instrução Normativa nº 05/2017 veio a substituir a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, na qual a preocupação maior já consistia na conformidade da prestação dos serviços com aquilo que foi pactuado, objetivando que a Administração construísse com o particular uma relação contratual embasada no profissionalismo. Deve haver verdadeiro gerenciamento contratual, de modo que não se obtenha a simples prestação formal do serviço contratado, mas sim o real atendimento das necessidades da Administração.⁹⁵

⁹³ COSTA, op. cit., loc. cit.

⁹⁴ Ibidem, p. 64.

⁹⁵ VIEIRA; FORTINI, op. cit., p. 47-48.

Com o objetivo de estruturar e organizar a fiscalização preceituada pela Lei de Licitações, a Instrução Normativa nº 05/2017, em seu art. 40, designou competência ao gestor do contrato para o acompanhamento da execução dos serviços, podendo ser auxiliado por quatro agentes, conforme a necessidade: a fiscalização técnica, a fiscalização administrativa, a fiscalização setorial e a fiscalização pelo público usuário.

O gestor do contrato é aquele servidor que coordena o processo de fiscalização da execução contratual. O fiscal técnico, por sua vez, é aquele presente no local de execução da avença, podendo verificar que, de fato, o serviço foi prestado ou o material foi entregue. Já o fiscal administrativo fica responsável pelos aspectos de administração do contrato, em especial quanto à documentação necessária para o acompanhamento das obrigações previdenciárias, trabalhistas e fiscais. A fiscalização setorial abrange as duas anteriores quando os serviços forem executados em setores ou unidades diferentes do mesmo órgão. Por fim, a fiscalização do público usuário se dá mediante pesquisas de satisfação.⁹⁶

Estes agentes devem atuar em conjunto para trazer à tona a eficiência da atividade de fiscalização dos contratos administrativos. Assim como já acontecia na Instrução Normativa nº 02/2008, a IN nº 05/2017 consiste em relevante instrumento para o servidor incumbido com funções de fiscalização, servindo inclusive como norteador para a fiscalização em esferas públicas não vinculadas à IN.⁹⁷ Coadunando com o entendimento de que a fiscalização deve acontecer de maneira efetiva e ampla, dispõe o art. 40, §3º, da IN nº 05/2017 que:

As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual devem ser realizadas de forma preventiva, rotineira e sistemática, podendo ser exercidas por servidores, equipe de fiscalização ou único servidor, desde que, no exercício dessas atribuições, fique assegurada a distinção dessas atividades e, em razão do volume de trabalho, não comprometa o desempenho de todas as ações relacionadas à Gestão do Contrato.

Para acompanhar a execução do contrato, os agentes envolvidos dispõem de instrumentos de controle específicos para cada situação, os quais devem mensurar uma série de aspectos. Dentre eles, importa: conferir o resultado alcançado em comparação ao contratado, em especial no tocante aos prazos de execução e à qualidade demandada; verificar

⁹⁶ BRASIL. Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017. Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. 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. Art. 40. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

⁹⁷ FORTINI; DA PIEVE, op. cit., p. 16.

os recursos humanos e materiais empregados; a adequação dos serviços à rotina estabelecida; e a satisfação do público usuário.⁹⁸

Santos entende que a abertura, pela Administração Pública, de processo administrativo com o objetivo de imputar à empresa contratada sanção por violação às regras do contrato seria fator suficiente para afastar a culpa *in vigilando*, demonstrando a preocupação da Administração em fazer valer as cláusulas pactuadas que exigem da empresa interposta o adimplemento de suas obrigações trabalhistas. O ânimo do órgão público em buscar a responsabilização da empresa pelo descumprimento, em geral noticiado pelo fiscal do contrato, demonstra cumprimento do dever de vigilância, podendo inclusive acarretar na rescisão do contrato.⁹⁹

É prerrogativa da Administração Pública, prevista entre as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos admitidas pela Lei de Licitações, a aplicação de sanções administrativas e, eventualmente, a rescisão unilateral do contrato, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário. Estas medidas, ainda assim, não prescindem de instauração de processo administrativo com cumprimento das garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Para que possa dar início à penalização da empresa contratada, é elemento fundamental a notificação de descumprimento expedida pelo fiscal do contrato, com apropriado registro.¹⁰⁰

A Administração só poderia ser responsabilizada, então, quando, diante da notícia de que a empresa contratada deixou ou vem deixando de honrar com suas obrigações junto aos trabalhadores, não tomasse qualquer atitude visando sanar o problema. Caberia aqui, inclusive, discutir se o dever da Administração Pública de fiscalizar consiste em uma obrigação de meio ou de resultado. Fosse ela obrigação de resultado, a ingerência da Administração no contratado demonstrar-se-ia incompatível com a própria ideia de terceirização, vez que o órgão público teria que garantir que absolutamente nenhum dano fosse infligido ao trabalhador.¹⁰¹

Portanto, considerando-se a obrigação de fiscalizar como uma obrigação de meio, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública poderia ser afastada diante de qualquer medida que buscasse efetivamente inibir descumprimentos trabalhistas da empresa interposta. Há que se verificar, entretanto, a legitimidade dos atos fiscalizatórios desencadeados pela

⁹⁸ BRASIL. Instrução Normativa nº 05, op. cit., art. 47.

⁹⁹ SANTOS, op. cit., p. 119.

¹⁰⁰ COSTA, op. cit., p. 63.

¹⁰¹ SANTOS, op. cit., p. 119.

contratante, ou seja, a real intenção do agente público em buscar uma solução para a situação desfavorável do trabalhador, não sendo possível afastar a culpa *in vigilando* por uma fiscalização meramente formal.¹⁰²

Como exposto, falhas na fiscalização trazem para a Administração a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas não adimplidas. Não há necessidade de caracterizar dolo do fiscal de contrato para que se forme a culpa *in vigilando*, bastando a presença de culpa em sentido estrito: negligência, imprudência ou imperícia na execução de suas atribuições. Ao fiscal compete a conferência do pagamento dos salários dos funcionários alocados para a prestação dos serviços, bem como dos demais benefícios trabalhistas, como férias, 13º salário e vale-alimentação, por intermédio de cópia dos documentos que comprovem o cumprimento destas obrigações. Só então poderá atestar a prestação regular do serviço terceirizado.¹⁰³

No exercício de suas atividades, a culpa do fiscal do contrato pode inclusive trazer para si a responsabilização pelos danos acarretados ao erário, conforme posicionamento do Tribunal de Contas da União:

A negligência de fiscal da Administração na fiscalização de obra ou acompanhamento de contrato atrai para si a responsabilidade por eventuais danos que poderiam ter sido evitados, bem como às penas previstas nos art. 57 e 68 da Lei nº 8.443/92.¹⁰⁴

Ao atestar notas fiscais concernentes a serviços comprovadamente não prestados, o agente administrativo [...] tornou-se responsável pelo dano sofrido pelo erário e, conseqüentemente, assumiu a obrigação de ressarcir-lo, encargo este que não seria afastado nem mesmo na hipótese de reconhecimento de sua boa-fé [...].¹⁰⁵

Diante do inadimplemento de obrigações trabalhistas da empresa terceirizada, existem medidas significativas que podem ser adotadas pela Administração Pública para dar efetividade aos direitos dos trabalhadores e, conseqüentemente, evitar a responsabilização do órgão público. A primeira delas seria assumir integralmente a prestação dos serviços, ao que a Lei de Licitações chama, em seu art. 80, de "assunção imediata do objeto do contrato", por meio da qual a Administração realizaria o pagamento direto dos trabalhadores. Outra medida cabível seria buscar a intermediação do Ministério Público do Trabalho ou, ainda, da

¹⁰² Ibidem, p. 119-120.

¹⁰³ COSTA, op. cit., p. 66.

¹⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 859/2006. Plenário. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Sessão de 07/06/2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 jun. 2006.

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2512/2009. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz. Sessão de 28/10/2009. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 out. 2009.

Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, para que a empresa interposta honre com seus compromissos.¹⁰⁶

Outra medida cabível à Administração para resguardar os direitos dos trabalhadores é a propositura de ação cautelar ou ação civil pública para o bloqueio e pagamento judicial das verbas trabalhistas, depositando em juízo os valores eventualmente devidos à empresa insolvente para garantir o pagamento de suas obrigações para com os empregados alocados para prestação de serviços no contrato. Esta medida poderia afastar a responsabilidade da Administração logo nos primeiros indícios de descumprimento da prestadora de serviços, fazendo-se prova inequívoca de efetiva fiscalização.¹⁰⁷

Uma vez que a existência de fiscalização por parte do órgão público só poderá ser comprovada em cada caso concreto, não há como se listar um rol taxativo dos elementos que afastariam a culpa *in vigilando*. Santos defende que "um simples procedimento administrativo no sentido de buscar fiscalizar as condições originais do contrato seja suficiente para evitar a responsabilidade, desde que lícito e de boa-fé".¹⁰⁸

No próximo capítulo, buscar-se-á demonstrar como os elementos dispostos até então são aplicados na prática pela jurisprudência brasileira. De início, serão estudados julgados da Justiça Trabalhista, evoluindo para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, então, analisando-se como a Suprema Corte decidiu recentemente a matéria em repercussão geral.

¹⁰⁶ SANTOS, op. cit., p. 120.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 120-121.

¹⁰⁸ Ibidem, loc. cit.

4 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A APLICAÇÃO PRÁTICA DO INSTITUTO DA CULPA *IN VIGILANDO*

Adotando os critérios de fiscalização acima mencionados, pode-se compreender uma delimitação mais clara dos casos de ocorrência da culpa *in vigilando* da Administração Pública. Aprofundando o tema, a análise jurisprudencial a ser realizada se mostrará de suma importância para compreender como a Justiça do Trabalho brasileira vem decidindo sobre a matéria, e quais argumentos utiliza-se para a aplicação, ou não, dos preceitos da Súmula nº 331, V, do TST.

A análise terá início com julgados de Tribunais Regionais do Trabalho, em especial da 12ª Região, evoluindo para a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e culminando nas decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Com o objetivo de traduzir adequadamente os entendimentos adotados nos julgados em estudo, utilizar-se-á citações diretas dos principais argumentos dos órgãos julgadores, motivo pelo qual o presente capítulo será composto de um número superior de laudas se comparado aos anteriores.

4.1 Análise da Jurisprudência Brasileira na Aplicação da Culpa *In Vigilando* sob o enfoque da Justiça Trabalhista

Após a última alteração da Súmula nº 331 do TST, o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (TRT/12), do Estado de Santa Catarina, expediu a Súmula nº 26, publicada em 23/11/2012, determinando o entendimento de que o julgamento do STF na ADC nº 16/2007 não impedia que a Administração Pública fosse condenada subsidiariamente quando incorresse nos elementos da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*:

A declaração, pelo STF, de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 não obsta que seja reconhecida a responsabilidade de ente público quando não comprovado o cumprimento do seu dever de eleição e de fiscalização do prestador de serviços.

No processo nº 08826-2008-001-12-85-6, foi proferida sentença condenando a União como responsável subsidiária por obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços em contrato de terceirização, presumindo-se a culpa do ente público. Tal entendimento foi confirmado pelo TRT/12 no primeiro acórdão exarado, o qual foi objeto de Reclamação ao Supremo Tribunal Federal. O STF decidiu monocraticamente, na

Reclamação nº 12576/SC, pela cassação do acórdão, determinando a necessidade de novo julgamento à luz da ADC nº 16/2007. Destaca-se o seguinte trecho da decisão do STF¹⁰⁹:

Como se vê, o Tribunal, de fato, declarou a validade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Nesse mesmo julgamento, porém, o Ministro Cezar Peluso (relator) esclareceu que **o dispositivo veda a transferência automática dos encargos trabalhistas ao contratante**, mas “isso não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade.” Ou seja: **a autoridade da decisão será afrontada quando se afirmar que o mero inadimplemento do prestador de serviços conduziria à responsabilização da entidade estatal**. Essa conclusão só se inverterá se, a partir das provas dos autos ou das regras de distribuição do ônus probatório, o juiz ou tribunal competente concluir que a Administração agiu ou omitiu-se de forma culposa na seleção de sua contratada/conveniada ou na fiscalização de suas atividades. [...] **No caso dos autos, o acórdão impugnado assentou a responsabilidade da parte reclamante exclusivamente no inadimplemento sua contratada. Dessa forma, o simples fato de a prestadora de serviços não arcar com o que deve transferiu a incumbência de fazê-lo à entidade estatal. Esse raciocínio é incompatível com a decisão proferida na ADC 16/DF.** (grifou-se)

Como se verifica, o entendimento consignado pelo Supremo Tribunal determina que, após o julgamento da ADC nº 16/2007, não há que se falar em responsabilidade automática da Administração Pública pelos encargos trabalhistas. Faz-se necessário carrear aos autos provas que determinem ação ou omissão culposa do ente público na escolha ou na fiscalização da contratada, conforme os conceitos de culpa *in eligendo* e *in vigilando* já expostos, respeitando-se o ônus da prova e sua distribuição.

Deste modo, o TRT/12 emitiu novo acórdão sobre o caso, no qual, contudo, manteve sua decisão inicial em condenar subsidiariamente a Administração Pública, desta vez julgando que houve culpa *in vigilando*, com base nos seguintes argumentos extraídos do voto do Relator¹¹⁰:

Ressalte-se que, à luz do princípio da aptidão da prova, compete ao tomador dos serviços demonstrar a regularidade na fiscalização do contrato, porquanto a responsabilização subsidiária não decorre do mero inadimplemento do prestador. [...] Ressalte-se que esse entendimento não se tratar de imputação de responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da CF/88) ou de presunção de culpa *in vigilando*, não havendo qualquer inconstitucionalidade a ser reconhecida ou discrepância com decisões já proferidas pela Corte Suprema. [...] **não se verifica qualquer indício de fiscalização da União quanto ao pagamento dos salários e ao**

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-08826-2008-001-12-96-9. 3ª Câmara. Relator: Roberto Luiz Guglielmetto. Sessão de 03/05/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=337240>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

¹¹⁰ Ibidem.

depósito do FGTS dos empregados terceirizados no período deferido em sentença [...]. Os documentos juntados às fls. 130/163 referem-se apenas a relatórios de pagamento [...] e não foram produzidas outras provas de qualquer natureza. (grifou-se)

Sendo assim, o TRT/12 manteve a decisão ora cassada, a qual, em princípio, fundava-se em presunção de conduta culposa da Administração na fiscalização do contrato administrativo decorrente de simples inadimplemento de obrigações da empresa interposta, aduzindo, no novo acórdão, que o ônus da prova de que houve fiscalização efetiva seria do próprio ente público, o qual não teria trazido ao julgamento documentos suficientes para afastar sua responsabilidade subsidiária, em que pese ter apresentado o que se nomeou de "relatórios de pagamento". O Tribunal Regional apontou como fundamentação para a inversão do ônus da prova decisão da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, proferida no processo AIRR-100700-72.2008.5.02.0373, a qual será analisada mais a frente.

Em sentido semelhante, decidiu o TRT/12 no RO nº 00600-2009-011-12-85-5, no qual aduziu que, apesar da aplicação de sanção administrativa à empresa contratada pelo ente público e concomitante rescisão do contrato administrativo, não foram trazidos aos autos elementos probatórios satisfatórios da fiscalização do contrato¹¹¹:

Compulsando os autos verifico inexistirem elementos revelando a fiscalização pela recorrente do cumprimento dos contratos de trabalho pactuados pela contratada [...]. Com efeito, não há prova de que tenha o ente público, na qualidade de tomador dos serviços, exigido da contratada documentos hábeis a demonstrar que ela adimplia as verbas de seus empregados [...], a ré [...] aplicou penalidade àquela e rescindiu o contrato de prestação de serviços [...]. Deste modo, incumbindo ao recorrente a demonstração de que fiscalizou os contratos de trabalho firmados pela contratada, nos termos da fundamentação do acórdão do TST, e não existindo elementos nos autos nesse sentido, suporta o ônus pela ausência da prova. (destacou-se)

Consignou o Regional, assim, que a falta de documentos nos autos que atestassem a fiscalização dos contratos de trabalho pela Administração, o que poderia afastar sua culpa *in vigilando*, deve ser suportada pelo ente público, de quem seria o ônus probatório. A aplicação de penalidade administrativa, junto à rescisão unilateral do contrato, não foram considerados, no caso, elementos suficientes para afastar a responsabilidade subsidiária da Administração

¹¹¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-00600-2009-011-12-85-5. 6ª Câmara. Relatora: Mirna Uliano Bertoldi. Sessão de 21/03/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=335852>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

Pública. Tal decisão diverge do posicionamento de Santos¹¹², exposto anteriormente, segundo o qual a aplicação de sanção e rescisão do contrato demonstrariam o afastamento da culpa do ente público.

O Tribunal Superior do Trabalho, em julgamento ocorrido na data de 11/04/2012, pouco tempo após a última alteração da Súmula nº 331, realizou cotejo detalhado sobre a responsabilidade subsidiária da Administração e o ônus da prova de fiscalização do ente público, na decisão do AIRR-100700-72.2008.5.02.0373. Destaca-se da ementa do julgado¹¹³:

[...] o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. [...] **isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos [...] não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas [...].** Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, **continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação**, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. [...] Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, **o que era de seu exclusivo *onus probandi* e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa *in vigilando* [...].** (grifou-se)

À época, o TST consolidou o entendimento de que a responsabilidade subsidiária da Administração não decorreria automaticamente do inadimplemento de verbas trabalhistas pela empresa terceirizada, devendo-se demonstrar, em cada caso, fatos e provas de que o ente público incorreu em conduta culposa na fiscalização, posicionamento este adequado à ADC nº 16/2007. Julgou o TST que essa responsabilidade extracontratual poderia ser configurada pela simples falta de provas da fiscalização, as quais deveriam ter sido produzidas pela própria

¹¹² SANTOS, op. cit., p. 119.

¹¹³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº AIRR-100700-72.2008.5.02.0373. 2ª Turma. Sessão de 11/04/2012. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 20 abr. 2012.

Administração no momento oportuno. Quando não o fez, portanto, deveria ser condenada como responsável subsidiária.

O voto que embasou a decisão da 2ª Turma do TST traz fundamentos jurídicos pertinentes para identificar o posicionamento acerca da distribuição do ônus da prova de fiscalização à Administração e, também, no que se consignaria a obrigação de fiscalização dos contratos de trabalho dos empregados da empresa terceirizada no entendimento do Tribunal Superior, conforme os trechos a seguir¹¹⁴:

[...] é indispensável repelir enfaticamente a alegação, por vezes utilizada pelos entes públicos demandados em ações trabalhistas como esta, de que sua condenação a responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas dos particulares por eles contratados para fornecer trabalhadores terceirizados significaria afronta [...] por pretensamente privilegiar os interesses meramente privados e patrimoniais destes e de seus empregados em detrimento do interesse público de toda a sociedade, que estaria sendo obrigada, pela Justiça do Trabalho, a suportar novamente um custo que já estaria embutido no preço dos serviços contratados por meio do correspondente contrato administrativo. Nada mais equivocado, no entanto! É que não se pode esquecer, antes de qualquer coisa, que essas obrigações trabalhistas, embora em sua quase totalidade tenham natureza pecuniária, são muito mais do que isso: são direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados, [...] portanto, devem receber uma tutela jurisdicional diferenciada e, na escala de valores e direitos em confronto, deve ser-lhes atribuído um peso necessariamente maior que o interesse público meramente secundário do ente público contratante de não ser subsidiariamente condenado [...]. Será inevitável a incidência subsidiária [...] dos arts. 186 e 927, caput, do Código Civil em vigor, que estabelecem para todos, até mesmo para os entes públicos em geral, **a responsabilidade civil subjetiva de natureza extracontratual, decorrente da prática (comissiva ou omissiva) de ato ilícito** [...]. (destacou-se)

Pelo citado julgado, o TST inferiu que os direitos trabalhistas ora inadimplidos são valorados pela Constituição Federal como direitos fundamentais sociais, tendo assim prevalência sobre eventual alegação de que a sociedade estaria a pagar duplamente pelo mesmo serviço caso houvesse condenação subsidiária da Administração. Nesta linha, sustenta o Egrégio Tribunal que os direitos dos trabalhadores, em um escalonamento de direitos, estão acima do interesse público. Portanto, a Administração, enquanto contratante e obrigada a fiscalizar amplamente os contratos de trabalho por força da Lei nº 8.666/1993 e da então vigente IN nº 02/2008, incorreria em responsabilidade civil subjetiva decorrente de ato ilícito, seja por ato expresso ou omissão durante a fiscalização.

Prossegue a jurisprudência em comentário¹¹⁵:

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ Ibidem.

Ressalta-se ser exclusivamente do ente público contratante o ônus de alegar e de demonstrar, completamente, em cada processo trabalhista, que tomou todas as medidas [...] para evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas [...]. Ademais, também por direta aplicação do princípio da aptidão para a prova, decisivo para estabelecer para qual parte, em determinado litígio judicial, deverá ser atribuído o *onus probandi* de determinado fato controvertido, não pode haver nenhuma dúvida de que esse encargo, em casos como este, só pode mesmo recair sobre a Administração Pública demandada, que terá que demonstrar haver praticado todos os atos administrativos de fiscalização do adimplemento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados. Do contrário, a única alternativa para esse entendimento seria atribuir a cada trabalhador terceirizado, autor de sua demanda trabalhista, o pesado e praticamente impossível encargo de demonstrar que o ente público para o qual prestou serviços não praticou os atos fiscalizatórios a que estava obrigado por lei - prova negativa e de natureza verdadeiramente "diabólica", de produção praticamente impossível pela parte hipossuficiente. À falta dessa demonstração de que esses atos de fiscalização foram mesmo praticados, como era dever legal do ente público contratante, só se poderá concluir que este, por omissão voluntária, violou os direitos daqueles empregados terceirizados pelo contratado e lhes causou dano, pelo qual deve responder civilmente (ainda que de forma subsidiária), nesta Justiça do Trabalho, por sua manifesta culpa *in vigilando*. [...] constata-se que, ainda que fosse afastada a responsabilidade objetiva da recorrente, fundamentada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, remanesceria sua responsabilidade subjetiva, respaldada na existência de culpa *in vigilando* e *in eligendo* [...]. (grifou-se)

Na sequência do voto, o Tribunal aduz que é competência exclusiva da Administração Pública alegar e provar que exerceu fiscalização efetiva conforme as exigências legais, demonstrando que agiu sempre que constatado algum inadimplemento de obrigação trabalhista perante o empregado, sob pena de ter sua conduta considerada ilícita. Afirma que essa distribuição do ônus da prova se justifica por se tratar de fato impeditivo da pretensão do autor e, ainda, por incidência do princípio da aptidão para a prova, segundo o qual estar-se-ia diante de prova negativa caso cada trabalhador, hipossuficiente, tivesse a responsabilidade de coletar provas da falta ou falha na fiscalização do ente público.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o TST decidiu por manter condenação à Administração Pública por não ter provado que realizou fiscalização efetiva no acórdão proferido no processo nº TST-AIRR-1141-72.2011.5.02.0039. Tem-se do relatório do Tribunal Regional que teve a decisão recorrida ao TST¹¹⁶:

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº AIRR-001141-72.2011.5.02.0039. 3ª Turma. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Sessão de 03/05/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 11 mai. 2017.

Ressalte-se que a mera inadimplência da prestadora não é suficiente para caracterizar a responsabilidade subsidiária, devendo ser considerado indício de inidoneidade, inclusive contratual, o qual [...] pode consubstanciar culpa *in eligendo* e, especialmente, *in vigilando*, levando o órgão público a responder subsidiariamente caso não efetivamente exerça seu dever de fiscalização, **ou se houve falta ou falha na fiscalização que ocasionou a inadimplência dos haveres trabalhistas da real empregadora**. No caso *sub examine*, várias foram as irregularidades constatadas pela prestadora de serviços, bastando examinar o deferido na r. sentença, [...], ocasionando indubitavelmente a culpa *in vigilando* das tomadoras, ora recorrentes. Destarte, caracterizada está a culpa *in vigilando*, que permeia a condenação subsidiária decretada pelo primeiro grau [...]. **Ademais, o ônus da comprovação de que exerceram a fiscalização são das tomadoras [...], contudo, *in casu*, como já delineado, sequer as verbas atinentes ao intrajornada foram adimplidas.** (grifou-se)

Nos termos do relatório, o Regional, em face da constatação de inadimplemento reconhecido na sentença de 1º grau de uma série de verbas trabalhistas, concluiu pela culpa *in vigilando* da Administração, a qual teria o ônus de provar sua fiscalização. Justifica tão somente que, tendo havido inadimplemento, o ente público deveria ter demonstrado que não falhou na vigilância da empresa, o que não teria acontecido. Por conseguinte, decidiu o TST confirmar a decisão, conforme se vê¹¹⁷:

Diante da salvaguarda inscrita no art. 71 da Lei nº 8.666/93, a responsabilidade subjetiva e subsidiária da Administração Pública Direta ou Indireta encontra lastro em caracterizadas ação ou omissão culposa na fiscalização e adoção de medidas preventivas ou sancionatórias ao inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas prestadoras de serviços contratadas (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93). [...] **Na hipótese dos autos, o quadro traçado pela Corte de origem (Súmula 126/TST) evidencia a culpa *in vigilando* e autoriza a condenação subsidiária [...].** (grifou-se)

Em processo diverso, julgado no TST pelo mesmo Relator do acórdão supracitado, manteve-se linear a fundamentação jurídica. Contudo, em face da existência de provas trazidas aos autos pelo ente público, o julgamento adotado pelo TST foi o oposto. No processo, a Administração apresentou documentação demonstrando que fiscalizou o pagamento dos salários dos empregados, bem como dos recolhimentos de INSS e FGTS, motivo pelo qual se afastou a responsabilidade subsidiária, reformando-se a decisão do Tribunal Regional que decidira o caso¹¹⁸:

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-000345-10.2015.5.17.0141. 3ª Turma. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Sessão de 03/05/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 11 mai. 2017.

Pelo teor do acórdão transcrito, não se evidencia a culpa *in vigilando* e a consequente responsabilidade civil, pela omissão no poder-dever de fiscalizar do Ente Público. Conforme se verifica do acórdão, **o [...] [ente público] demonstrou possuir a documentação relativa aos recolhimentos do FGTS e INSS, bem como contracheques dos empregados, demonstrando, assim, a existência de fiscalização, recusando a condenação subsidiária.** [...] Evidenciada a violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, com a compreensão do item V da Súmula 331 do TST, impõe-se o provimento do recurso, para excluir a responsabilidade subsidiária atribuída. (grifou-se)

Em que pese os julgados acima comentados em que o TST entendeu ser ônus da Administração a prova de que fiscalizou adequadamente os contratos, o próprio Tribunal Superior do Trabalho possui jurisprudência divergente, embasando-a em posicionamentos do STF. Ao julgar o Recurso de Revista nº 010082-54.2016.5.03.0153, o TST ementou sua decisão da seguinte maneira¹¹⁹:

[...] sobre a conduta culposa, **o STF tem entendido que a conclusão da sua demonstração não pode decorrer de mera presunção, baseada no simples inadimplemento da empresa prestadora de serviços, e desvinculada do exame probatório.** Para esses casos, aquela excelsa Corte tem decidido que a responsabilização subsidiária do ente público ofende a autoridade da decisão proferida no julgamento da ADC nº 16. [...] **Na hipótese dos autos, depreende-se da leitura do acórdão recorrido que o egrégio Tribunal Regional reconheceu a responsabilidade subsidiária da Administração Pública a partir da inversão do ônus probatório, concluindo que o ente público não produziu provas suficientes de que não contribuiu, de forma culposa, com o dano sofrido pelo empregado quanto ao inadimplemento das obrigações trabalhistas (culpa *in vigilando*), o que configura responsabilização automática do ente público,** procedimento que destoava do comando contido na decisão da ADC nº 16 e, por conseguinte, do entendimento perfilhado na Súmula nº 331, V. (grifou-se)

Ainda, do inteiro teor do acórdão se extrai que "a inversão do ônus da prova em favor do empregado, com a consequente responsabilização do ente público é inadmissível, uma vez que a responsabilidade da Administração deve estar devidamente demonstrada e delimitada pelas circunstâncias do caso concreto"¹²⁰, citando-se precedente do Supremo Tribunal Federal¹²¹. Prossegue o voto do Relator no sentido de que¹²²:

Quanto à demonstração da culpa, conclui-se que ela somente pode decorrer do exame dos elementos probatórios existentes no processo, aptos a

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-010082-54.2016.5.03.0153. 5ª Turma. Relator: Caputo Bastos. Sessão de 03/05/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 04 mai. 2017.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 15.003-PR. Tribunal Pleno. Relator: Dias Toffoli. Sessão de 30/04/2014. Diário da Justiça eletrônico, DF, 06 jun. 2014.

¹²² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-010082-54.2016.5.03.0153, op. cit.

revelarem o procedimento culposo da Administração Pública (culpa in eligendo e/ou in vigilando), **sendo inadmissível a inversão do ônus da prova em favor do empregado, com o objetivo de imputar responsabilização, ainda que subsidiária, ao ente público.** (grifou-se)

Diante do exposto, no caso em comento decidiu o TST que seria inadmissível inverter o ônus da prova de maneira a favorecer o empregado, o qual, portanto, teria a incumbência de demonstrar no processo que a Administração Pública incorreu em falhas na fiscalização do contrato administrativo para que, só então, esta possa ser condenada subsidiariamente. Este recente julgado faz jurisprudência contrária aos casos expostos até o momento decididos pelo TRT/12 e pelo próprio TST, nos quais a Administração havia sido responsabilizada por não ter produzido provas de sua fiscalização.

Coadunando com a jurisprudência divergente, a mesma Turma do TST proferiu julgamento no Recurso de Revista nº 001244-91.2010.5.19.0055, no qual delineou a matéria da seguinte forma¹²³:

[...] evidenciada a necessidade de efetiva prova da conduta culposa da administração pública (tomadora dos serviços) pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora dos serviços. Essa situação fática, contudo, não está evidenciada no processo em exame, na medida em que o Tribunal Regional consignou somente que "encontra-se plenamente caracterizada a responsabilidade subjetiva da recorrente decorrente da ausência de prova acerca do cumprimento estrito dos pressupostos e requisitos estabelecidos na lei de licitações [...]". Nesse contexto, **não se pode atribuir responsabilidade à administração pública com fundamento apenas no inadimplemento da empresa prestadora de serviços.** É oportuno ressaltar que **o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar Reclamações ajuizadas contra decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, tem reiteradamente decidido ser indispensável a prova taxativa da existência denexo de causalidade entre a conduta dos agentes públicos e o dano causado aos empregados das empresas prestadoras de serviços.** [...] Assim, ausente prova efetiva de conduta culposa da administração pública, é incabível atribuir-lhe responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de obrigação trabalhista pela empresa prestadora de serviços. (grifou-se)

Nesta decisão, consignou-se que é necessário demonstrar, por meio de claras provas, a conduta culposa da Administração, restando indispensável que haja nexocausal entre a ação dos agentes públicos responsáveis pela fiscalização e o dano suportado pelos empregados com o inadimplemento de seus direitos trabalhistas. Logo, se não houver relação de causa e consequência entre os atos da fiscalização do contrato e os danos advindos do

¹²³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-001244-91.2010.5.19.0055. 5ª Turma. Relator: João Batista Brito Pereira. Sessão de 03/05/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 04 mai. 2017.

descumprimento das obrigações da empresa interposta, não haveria fundamento para a condenação da Administração Pública. Este posicionamento do TST está alinhado, por exemplo, com a Teoria do Risco Administrativo¹²⁴ e com o entendimento de Santos, segundo o qual o nexo de causalidade é imprescindível para a responsabilização subsidiária do ente público¹²⁵.

Extrai-se dos julgados analisados o posicionamento claro de que a culpa da Administração não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas, em sintonia com a Súmula nº 331 do TST. Contudo, o que se viu é que, nos casos em que não houve produção de provas acerca da fiscalização do ente público, houve divergência quanto ao *onus probandi* e a possibilidade de invertê-lo em benefício do empregado.

No próximo julgado, a Administração Pública recorreu ao TRT/12 de sentença que lhe condenou subsidiariamente ao pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas junto à empregado terceirizado. O Tribunal Regional, ao analisar os fatos e as provas trazidas ao processo, decidiu por reformar a decisão e afastar a responsabilidade subsidiária do ente público, porquanto não demonstrada a configuração de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*. Consigna-se do acórdão os seguintes argumentos¹²⁶:

Quanto à culpa *in eligendo*, os documentos trazidos pelo recorrente com a defesa comprovam que a contratação da empregadora ocorreu após devido certame licitatório, mediante pregão eletrônico, [...] cumprindo assim o determinado no art. 2º da Lei n. 8.666/93 [...]. **Com relação à culpa *in vigilando*, pela documentação acostada à defesa e não desqualificada por outros meios, constato que o recorrente, apurava mensalmente todo e qualquer atraso relativo pagamento de salários, vale-alimentação, vale-transporte, etc, exigindo fosse regularizada a situação. [...] evidencia-se que a tomadora mantinha constante e efetiva fiscalização acerca da execução do contrato, [...] ensejando a aplicação de penalidades e culminando com a rescisão contratual [...], não havendo, pois, como atribuir culpa ao agente público pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada [...].** (destacou-se)

Logo, tendo a Administração juntado provas de que verificava periodicamente o adimplemento das obrigações trabalhistas da contratada, conferindo o pagamento dos salários e demais benefícios dos empregados, buscando as medidas cabíveis para sanar eventuais falhas da empresa interposta, inclusive dando lastro a sanções administrativas e, por fim, à

¹²⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 257.

¹²⁵ SANTOS, op. cit., p. 108-109.

¹²⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-00672-2014-023-12-00-7. 3ª Câmara. Relator: Amarildo Carlos de Lima. Sessão de 19/04/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=336816>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

rescisão do contrato, concluiu o TRT/12 que, mesmo restando obrigações trabalhistas não pagas ao empregado, a fiscalização rotineira do ente público foi efetiva, devendo-se afastar a responsabilidade subsidiária.

Neste mesmo sentido, decidiu o TRT/12 no RO nº 0000149-74.2015.5.12.0013, absolvendo a União de responsabilidade pelas obrigações trabalhistas em face de documentação que demonstrava fiscalização periódica do contrato, conforme se vê a seguir¹²⁷:

Extraio dos autos, diante da farta documentação carreada pela União, [...] que houve zelo durante toda a contratualidade da autora, [...] e que, cientificada das irregularidades cometidas pela primeira ré [...] ao não honrar os pagamentos [...], adotou a corretíssima providência de encerrar o contrato [...], não havendo, portanto, se falar em culpa *in vigilando, in casu*. [...]. (grifou-se)

Seguindo esta linha de raciocínio, o TRT/12 também reformou decisão no RO nº 0000664-79.2015.5.12.0023, afastando a responsabilidade subsidiária da Administração Pública com os seguintes fundamentos¹²⁸:

Com efeito, caberia fiscalizar *pari passu*, mês a mês, se a empresa prestadora de serviços estava cumprindo suas obrigações com seus empregados. No caso em questão, as provas produzidas pelo ente público são suficientes para comprovar o cumprimento de seu dever de fiscalização e de que exigia o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada [...], demonstrando, inclusive, a aplicação de diversas penalidades à prestadora em razão do descumprimento reiterado de tais obrigações, o que acabou culminando na rescisão do contrato [...]. Outrossim, constata-se que foram retidos e depositados em Juízo, em razão de decisão liminar [...], valores relativos ao contrato com a prestadora[...]. Não verifica-se, portanto, a culpa *in vigilando* do ente público como tomador de serviços, não havendo como manter a sua responsabilização subsidiária. (grifou-se)

Diante da jurisprudência analisada, tem-se que, não havendo qualquer prova de fiscalização por parte da Administração, a Justiça Trabalhista diverge quanto ao ônus da prova, condenando em alguns casos e absolvendo em outros. Por outro lado, quando demonstrada a conduta diligente do ente público na conferência do cumprimento das

¹²⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-00149-2015-013-12-00-4. 3ª Câmara. Relator: Amarildo Carlos de Lima. Sessão de 19/04/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=336980>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

¹²⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-00664-2015-023-12-00-1. 1ª Câmara. Relator: José Ernesto Manzi. Sessão de 19/04/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=336677>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

obrigações trabalhistas da empresa contratada, esta foi absolvida de responsabilidade pelos encargos. No entanto, necessário analisar casos nos quais, em que pese a juntada de documentos pelo ente público, este foi condenado por culpa *in vigilando*.

O Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, analisando sentença que condenou a União como responsável subsidiária, congregou com o entendimento do juízo de 1º grau, mantendo a condenação. Depreende-se da ementa do julgado¹²⁹:

Não é razoável nem lícito à empresa ou Ente Público tomador dos serviços não responder pelas obrigações trabalhistas de empregados de empresas contratadas. Pela condição de beneficiário dos serviços e por não ter exercido o poder de vigilância no cumprimento das obrigações trabalhistas, responde pelos débitos trabalhistas então originados.

Pela simples leitura da ementa do acórdão, ter-se-ia que a condenação da Administração Pública se fundamentou em falha na fiscalização do contrato administrativo, a qual se denominou como falta de exercício do "poder de vigilância no cumprimento das obrigações trabalhistas". Entretanto, em análise detalhada do inteiro teor do julgado, tem-se a destacar os seguintes trechos¹³⁰:

Devo ressaltar que o Ente Público, ao tentar se isentar da responsabilidade trabalhista decorrente dos colaboradores contratados pela empresa prestadora de serviços, **deve, antes, verificar se cumpriu com a obrigação de fazer a análise e o acompanhamento financeiro da empresa contratada**, sob pena de incorrer, sim, na culpa *in eligendo* e na culpa *in vigilando*, tendo, assim, que responder pelas dívidas desta com os empregados que lhe prestaram serviços. **Em que pesem os argumentos da recorrente no sentido de que fiscalizou a execução do contrato relativamente à comprovação da regularidade fiscal (INSS e FGTS) e das obrigações trabalhistas, condicionando o pagamento à comprovação dos encargos sociais, contribuições e tributos devidos, à apresentação de cópia autenticada das folhas de pagamento dos empregados colocados à disposição[...], bem como dos comprovantes de salário e demais encargos, o deferimento das parcelas postuladas evidencia a falta de controle sobre a empresa contratada, diante do inadimplemento dos direitos resultantes do contrato de trabalho de seus empregados**, impondo, assim, a sua condenação subsidiária pela sua conduta culposa [...]. No caso, não existe impedimento à aplicação dos incs. IV e V da Súmula nº 331 do Eg. TST **na medida em que a recorrente foi beneficiada pela força de trabalho da autora**, devendo responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela primeira ré, relativas ao período em que vigeu o contrato de prestação de serviços entre as empresas. (grifou-se)

¹²⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-03521-2015-027-12-00-7. 5ª Câmara. Relatora: Gisele Pereira Alexandrino. Sessão de 18/04/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=336511>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

¹³⁰ Ibidem.

Segue o mesmo entendimento decisão proferida pelo TRT/12 no RO nº 0000677-15.2014.5.12.0023, ementado de maneira idêntica ao caso supracitado¹³¹. Como se vê, a Administração trouxe ao processo provas de que fiscalizava os contratos de trabalho da empresa contratada, conferindo periodicamente se a prestadora de serviços arcava com suas obrigações trabalhistas, exigindo inclusive cópia autenticada dos comprovantes de pagamento dos salários e demais encargos. Ainda assim, justificando que a Administração se beneficiou do trabalho do empregado e que sobreveio inadimplemento de encargos trabalhistas da empresa, o Tribunal Regional decidiu condenar subsidiariamente o ente público, em julgamento aparentemente diverso ao adotado na jurisprudência até então estudada.

Situação bastante semelhante chegou à análise do Tribunal Superior do Trabalho, o qual, em sede de Recurso de Revista, julgou caso em que houve a condenação do Poder Público mesmo com a juntada de provas as quais, no entendimento da Administração, demonstravam sua atuação diligente na fiscalização do contrato. A condenação da sentença de 1º grau foi confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, com os seguintes fatos e fundamentos¹³²:

[...] a responsabilização subjetiva da administração pública decorre do dever de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho. [...] Sob tais parâmetros, não se duvida que o ente estatal que terceiriza suas atividades, contratando com empresa que virá se tornar inadimplente com relação a direitos trabalhistas comete culpa *in vigilando*, quando há a má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos. [...] Por outro lado, pouco importa que o dano se origine diretamente da Administração ou de terceiro que com ela contratou e executou o serviço, por força de ato administrativo. [...] O ente público, na supervisão do contrato, comprovou o recolhimento de FGTS e das contribuições previdenciárias mês a mês durante todo o pacto laboral obreiro, conforme documentos apresentados [...] bem como o pagamento direto de verbas rescisórias [...] e salariais [...]. Contudo, em que pese ter sido recolhido o FGTS, não há provas nos autos de que tal parcela foi repassada à conta vinculada do autor [...] Diga-se que era incumbência da tomadora de serviços exigir a idoneidade moral e financeira da empresa contratada e, sobretudo, fiscalizar *pari passu* o implemento das obrigações trabalhistas assumidas pela contratada. E nem se diga que o tenha feito, porquanto, se houve ausência de repasse do valor recolhido a título de FGTS à conta obreira ao longo de todo o pacto laboral, que perdurou por quase quatro anos, exsurge claro que a fiscalização, ainda que possa ter sido praticada, não surtiu efeito. (destacou-se)

¹³¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-00677-2014-023-12-00-0. 5ª Câmara. Relatora: Gisele Pereira Alexandrino. Sessão de 28/03/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=336098>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

¹³² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-000083-61.2014.5.10.0021. 7ª Turma. Relator: Vieira de Mello Filho. Sessão de 03/05/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 04 mai. 2017.

O que se vê é que o próprio Tribunal Regional, em seu acórdão, reconhece que os documentos apresentados pela Administração demonstram que houve fiscalização do recolhimento de contribuições previdenciárias e do FGTS do empregado com periodicidade mensal, adotando-se, inclusive, a medida de pagamento direto de verbas trabalhistas e rescisórias por intermédio do órgão público. Apesar disso, aduz que as contribuições do FGTS não foram repassadas à conta vinculada do empregado, o que, por si só, no entendimento do Regional, configuraria ineficácia na fiscalização do contrato administrativo e, portanto, culpa *in vigilando*.

Nos dois últimos casos em análise, o respectivo Tribunal Regional do Trabalho entendeu que, apesar da demonstração probatória de efetiva fiscalização da Administração Pública, sobrevindo inadimplemento de encargos trabalhistas da empresa contratada, o ente público deveria ser condenado subsidiariamente. Retoma-se, assim, a discussão sobre a distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado, necessitando-se determinar em qual categoria a atividade de fiscalização de contratos administrativos se enquadra.

Como exposto por Santos, fosse a obrigação de fiscalizar da Administração uma obrigação de resultado, o ente público teria que garantir que a empresa contratada não incorreria em absolutamente nenhum inadimplemento de seus encargos trabalhistas, o que se mostraria irrazoável e contrário ao próprio conceito de terceirização de serviços. Sendo assim, enquanto obrigação de meio, da fiscalização, mesmo que efetiva, não se exige que garanta o perfeito funcionamento da empresa contratada.¹³³

Fato é que o último caso exposto chegou ao Tribunal Superior do Trabalho, o qual reformou a decisão do Tribunal Regional, consignando que a fiscalização operada pela Administração Pública, comprovada nos autos do processo, foi suficiente para afastar sua responsabilidade subsidiária¹³⁴:

Na hipótese dos autos, em que pese a Corte de origem tenha concluído pela responsabilização subsidiária da União, extrai-se do quadro fático delineado no acórdão regional a efetiva fiscalização da execução do contrato terceirizado. O Tribunal Regional consignou que a segunda-reclamada, na supervisão do contrato, aferiu o recolhimento de FGTS e das contribuições previdenciárias mês a mês durante todo o pacto laboral obreiro, assim como efetuou o pagamento direto de verbas rescisórias e salariais. A adoção de tais medidas demonstra de forma satisfatória a reação do ente público em face do descumprimento do contrato protagonizado pela primeira-reclamada e o cumprimento do dever específico de vigilância [...]. Nesse contexto, é demasiado exigir do ente público a comprovação de repasse dos valores referentes ao FGTS para

¹³³ SANTOS, op. cit., p. 119-120.

¹³⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-000083-61.2014.5.10.0021, op. cit.

a conta vinculada do autor; o pagamento das verbas rescisórias ou a alocação do trabalhador em outras atividades, para afastamento da culpa *in vigilando*. **A culpa apta a justificar a responsabilização subsidiária da Administração Pública não se configura diante da mera constatação da existência de verbas trabalhistas inadimplidas, mas da comprovada omissão e negligência do ente público em face do descumprimento do contrato de prestação de serviços.** (destacou-se)

Dessa forma, entendeu o TST que as medidas adotadas pelo órgão público, ao verificar mensalmente a documentação de recolhimento do FGTS e das contribuições previdenciárias, procedendo inclusive com o pagamento direto de verbas inadimplidas, configura-se em fiscalização efetiva e satisfatória, ilidindo a culpa *in vigilando* da Administração. Conforme restou consignado no julgamento, a exigência de que o ente público verificasse se todos os depósitos do FGTS foram efetivamente repassados à conta vinculada do empregado seria exagerada, extrapolando os limites estabelecidos para uma fiscalização regular do contrato administrativo. Havendo fiscalização, simples inadimplemento não gera automaticamente a responsabilidade subsidiária, devendo-se demonstrar a culpa na vigilância do pactuado.

Em outro processo, o TRT da 12ª Região, ao proferir acórdão no RO nº 0001376-82.2015.5.12.0051, utilizou, na ementa, fundamentos que fogem às definições da Súmula nº 331 do TST e da necessidade de demonstração de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, como se verifica¹³⁵:

Ainda que o §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 possa permitir interpretação no sentido de isentar o ente público de responsabilidade contratual, deve prevalecer a exegese da norma inserta no § 6º do art. 37 da Constituição da República, que consagra a responsabilidade objetiva dos entes da Administração Pública pelos prejuízos causados a terceiros. Essa regra constitucional é plenamente aplicável no caso de restar demonstrada a lesão aos direitos do obreiro e ao ordenamento jurídico trabalhista, gerada pelo descumprimento das obrigações legais por parte da empresa contratada.

Em um primeiro momento, depreende-se da ementa do julgado que se utilizou o art. 37, §6º, da Constituição Federal para aplicar responsabilidade objetiva à Administração Pública por consequência do inadimplemento de encargos trabalhistas pela empresa contratada para prestação de serviços terceirizados. Acontece que, nos termos já expostos quando se discorreu sobre a Responsabilidade Civil do Estado, a responsabilidade objetiva

¹³⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-01376-2015-051-12-00-3. 1ª Câmara. Relatora: Viviane Colucci. Sessão de 22/02/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=334594>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

prescinde da demonstração de conduta dolosa ou culposa da Administração, o que não é o caso na responsabilidade subsidiária do ente público pelas obrigações trabalhistas da empresa contratada¹³⁶. No entanto, adentrando os fundamentos no inteiro teor do acórdão, vislumbra-se que, ao contrário do que foi ementado, não se menciona a responsabilidade objetiva do Estado, destacando-se do voto proferido¹³⁷:

O magistrado de origem entendeu que a União não deve ser responsabilizada subsidiariamente pelo pagamento dos créditos trabalhistas sonogados à autora, uma vez que a segunda ré, ao constar a irregularidade no cumprimento das obrigações contratuais da real empregadora, rescindiu o contrato de prestação de serviços e procedeu ao pagamento de salários da autora [...]. Ora, além de não fiscalizar o contrato de trabalho da recorrente, a tomadora de serviços também incorreu em erro na escolha da prestadora de serviços, firmando contrato com empresa inidônea, o que ensejou sua culpa *in eligendo*. [...] O fato de ser integrante da Administração Pública não autoriza o Estado a beneficiar-se da mão de obra sem responder pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela empregadora, porque os direitos laborais garantidos no ordenamento jurídico se revestem de condição da dignidade da pessoa humana [...] que exigem a proteção estatal quando violados, como é o caso dos autos. [...] No caso em comento, a União omitiu-se na fiscalização do contrato laboral da autora, (culpa *in vigilando*), porque não analisou, nem acompanhou a saúde financeira da contratada e a fiel execução do contrato, o que inclui o adimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias por parte da contratada, prova que lhe incumbia pela aptidão que possui em produzi-la, razão pela qual não pode ser eximido da responsabilidade, porquanto houve omissão *in vigilando*. O simples fato de a União pagar os salários da autora [...] não a exime de ser responsabilizada subsidiariamente pelo crédito trabalhista devido à autora, uma vez que não foi suficientemente diligente e zelosa, de modo a impedir o inadimplemento das verbas devidas ao trabalhador. (grifou-se)

A sentença de 1º grau havia absolvido a Administração Pública de responsabilidade subsidiária, com fundamento nas medidas de fiscalização adotadas na execução do contrato, em especial quando, diante de falhas da empresa prestadora de serviços no cumprimento de suas obrigações, decidiu o órgão público rescindir o contrato administrativo e realizar o pagamento direito dos salários do empregado. Entretanto, o Tribunal Regional reformou a decisão para condenar a Administração, aduzindo que, em sentido genérico, a escolha de empresa inidônea acarretaria culpa *in eligendo* e, ainda, que a fiscalização operada não foi suficiente pois remanesceram verbas trabalhistas inadimplidas.

¹³⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 257.

¹³⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-01376-2015-051-12-00-3, op. cit.

Entretanto, a culpa *in eligendo* só se caracteriza quando demonstrada falha ou fraude no procedimento licitatório que originou a contratação da empresa¹³⁸, o que não se verificou no acórdão em comento. Por sua vez, quanto à culpa *in vigilando*, tem o Nobre Regional que, primeiramente, o princípio da dignidade da pessoa humana serviria de fundamento para que o Estado responda pelas obrigações trabalhistas inadimplidas da empresa contratada, e, ainda, que o fato, por si só, de que aconteceu inadimplemento demonstraria que a fiscalização do ente público não foi "suficientemente diligente e zelosa". Tem-se, em princípio, nova decisão contrária ao entendimento de que a obrigação de fiscalização da Administração não seria uma obrigação de resultado, de modo que o órgão público acaba se tornando um garantidor universal dos encargos trabalhistas das empresas com as quais contrata¹³⁹.

O Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar, em Recurso de Revista, acórdão proferido pelo TRT da 10ª Região, entendeu que a demonstração probatória de fiscalização efetivada pela Administração Pública inibe sua responsabilização, afastando-se a tese de que só estaria liberada caso garantisse o adimplemento de todas as obrigações trabalhistas, em consonância com a ideia da fiscalização como uma obrigação de meio¹⁴⁰:

A Corte de origem registrou que "a prova dos autos (...), revela que a ora recorrente demonstrou haver adotado providências, ainda que parciais, na fiscalização do contrato" e que "o recorrente, mediante a retenção de faturas destinadas à empregadora, efetuou o pagamento de parte do 13º salário diretamente ao reclamante [...]". Entretanto, manteve a condenação subsidiária do ente público, ao fundamento de que, **"para ostentar eficácia liberatória plena a fiscalização deveria garantir, no todo, as parcelas asseguradas ao trabalhador"**. Nesse contexto, a decisão recorrida, ao pautar a condenação quanto à responsabilização subsidiária da Fazenda Pública tão somente na presunção de culpa pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas pela prestadora, **incorreu em contrariedade à Súmula 331, V, do TST.**

Já o TRT da 12ª Região julgou, em acórdão proferido no RO nº 0004960-04.2015.5.12.0005, manter condenação da União como responsável subsidiária¹⁴¹:

[...] verifico que a prova documental carreada para os autos permite concluir que a fiscalização gradativa do pactuado não foi efetiva o suficiente para afastar a responsabilidade da tomadora. Como bem salientou o Magistrado sentenciante, embora tenha a União rescindido o

¹³⁸ FORTINI; DA PIEVE, op. cit., p. 23.

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-002231-66.2014.5.10.0014. 1ª Turma. Relator: Hugo Carlos Scheuermann. Sessão de 14/06/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 16 jun. 2017.

¹⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-04960-2015-005-12-00-0. 6ª Câmara. Relatora: Teresa Regina Cotosky. Sessão de 07/03/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=334904>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

contrato de prestação de serviços em virtude do descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, não há prova da atuação fiscalizatória ao longo da vigência do pacto, de forma a prevenir o rompimento e o inadimplemento dos haveres rescisórios aos trabalhadores. **A própria situação visualizada nos autos**, com o completo abandono dos trabalhadores pelos representantes da primeira ré (os quais nem mesmo foram encontrados pelo Juízo para citação), sem o pagamento de nenhuma verba rescisória, **já denota a absoluta ineficácia da fiscalização promovida pela tomadora dos serviços**, impondo sua condenação subsidiária. De se salientar, ainda, que, **ante o encerramento das atividades da primeira ré e a imensa dificuldade do Juízo em localizar os seus sócios, a responsabilização do tomador figura como única efetiva garantia de pagamento das parcelas sonegadas aos trabalhadores**, o que apenas reforça a necessidade de manutenção da sentença. (grifou-se)

Em análise, tem-se que alguns dos argumentos trazidos pelo Tribunal Regional não coadunam com o lastro jurídico doutrinário e jurisprudencial já exposto acerca da culpa *in vigilando* da Administração. Repisando na questão da obrigação de resultado, o acórdão dispõe que a fiscalização do contrato não teria sido suficientemente efetiva em face dos próprios inadimplementos que geraram a demanda judicial. Ainda, aduz que, tendo a empresa prestadora de serviços encerrado suas atividades e não sido localizada pelo juízo, a única maneira de garantir o pagamento das verbas trabalhistas seria com a condenação do ente público tomador dos serviços. Tais argumentos não condizem com a jurisprudência consolidada na Súmula nº 331, V, do TST, segundo a qual o simples inadimplemento não presume a responsabilização subsidiária da Administração Pública.

Neste sentido, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu recentemente, por meio do processo nº RR-000362-66.2013.5.04.0662, reformar decisão do TRT da 4ª Região em que houve condenação subsidiária da Administração com fundamentação genérica nos inadimplementos ocorridos, conforme segue¹⁴²:

Na hipótese, a Corte Regional entendeu que "não prova a fiscalização do efetivo cumprimento da legislação, e consequente pagamento das verbas trabalhistas, pelo prestador de serviços. **Agiu, pois, de forma negligente na fiscalização do contrato, situação evidenciada inclusive pela existência da presente demanda [...]**". [...] Nesse contexto, **não foi explicitado se o reclamado deixou, efetivamente, de fiscalizar o contrato de prestação de serviços, limitando-se o Tribunal Regional a expender tese genérica acerca da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços**, o que se insere no conceito de "mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada", de que trata a parte final do item V da Súmula nº 331 do TST, a qual não enseja a aludida responsabilidade subsidiária. Logo, **não registrada, concretamente, a conduta culposa [...] não pode subsistir a condenação do recorrente**

¹⁴² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-000362-66.2013.5.04.0662. 1ª Turma. Relator: Walmir Oliveira da Costa. Sessão de 14/06/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 16 jun. 2017.

como responsável subsidiário pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora dos serviços. (grifou-se)

Por conseguinte, não é cabível a utilização do que o TST chamou de "tese genérica" para responsabilização subsidiária da Administração Pública, como nos casos em que se fundamenta falha da fiscalização na própria existência do processo judicial. Com base na última redação da Súmula nº 331, julgou o TST que é necessário explicitar qual a conduta culposa em que incorreu o ente público.

Segue precisamente o mesmo entendimento decisão proferida pelo TST no processo nº RR-002219-28.2013.5.02.0073, no qual se reformou condenação do TRT da 02ª Região em que se presumiu a culpa da Administração, conforme o deslinde a seguir¹⁴³:

A decisão recorrida, **ao pautar a condenação quanto à responsabilização subsidiária da Fazenda Pública tão somente na presunção de culpa pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas pela tomadora ou na responsabilidade objetiva do Estado** prevista no artigo 37, § 6º, da CF, incorreu em contrariedade à Súmula 331, V, do TST ou violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. [...] o ente público pugna pela exclusão da condenação de forma subsidiária, ao argumento de que "**a condenação subsidiária desta Recorrente não considerou os inúmeros documentos juntados por ela, comprobatórios da efetiva fiscalização** do contrato administrativo celebrado com a primeira reclamada" [...] Nesse contexto, a decisão recorrida, ao pautar a condenação quanto à responsabilização subsidiária da Fazenda Pública tão somente na presunção de culpa pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas pela prestadora, **incorreu em contrariedade à Súmula 331, V, do TST.**

Por fim, resumindo de maneira concisa a situação de parte da jurisprudência trabalhista brasileira após o julgamento da ADC nº 16 e da última alteração da Súmula nº 331 do TST, o Ministro Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na Reclamação nº 26.397, da Bahia, dispôs que¹⁴⁴:

Na prática, [...] diversas reclamações ajuizadas perante esta Corte indicaram que, diante da decisão proferida nos autos da ADC 16, **parte importante dos órgãos da Justiça do Trabalho apenas alterou a fundamentação das suas decisões, mas manteve a postura de condenar automaticamente o Poder Público.** Tais decisões invocavam o acórdão proferido na ADC 16 para afirmar que a responsabilidade da Administração não é automática, mas **condenavam o ente público por culpa *in vigilando* sem sequer aferirem, em concreto, se a Administração praticou ou não atos fiscalizatórios.** A alusão genérica à *culpa in vigilando*, em tais termos, constituía mero recurso retórico por meio do qual, na prática, se continuou a condenar

¹⁴³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-002219-28.2013.5.02.0073. 1ª Turma. Relator: Hugo Carlos Scheuermann. Sessão de 14/06/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 16 jun. 2017.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela Antecipada na Reclamação nº 26.397-BA. Relator: Roberto Barroso. Decisão Monocrática de 31/05/2017. Diário da Justiça eletrônico, DF, 02 jun. 2017.

automaticamente a Administração. [...] Em outros casos, **a Administração Pública é responsabilizada automaticamente, sempre que há inadimplência de obrigações trabalhistas pelas contratadas**, a pretexto de que, havendo inadimplência, ou o Poder Público não fiscalizou a contento ou, tendo fiscalizado e tomado ciência da ocorrência de infração à legislação trabalhista, não tomou as providências necessárias a impor a correção, de modo que haveria *culpa in vigilando*. **Em todas essas hipóteses, há evidente violação ao precedente proferido na ADC 16.** (grifou-se).

O que se tem, portanto, é que o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16 não vem sendo observado pela jurisprudência trabalhista brasileira, aplicando-se, apesar da alteração da fundamentação jurídica, responsabilidade automática à Administração Pública pelos encargos trabalhistas inadimplidos das empresas interpostas. Na sequência, o objetivo será determinar como o STF entende a matéria e como discutiu o tema no Recurso Extraordinário nº 760.931.

4.2 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o Recurso Extraordinário nº 760.931

Como se depreende dos julgados analisados até o momento, a Justiça Trabalhista não é uniforme no entendimento dos elementos caracterizadores da culpa *in vigilando* e nos limites da responsabilidade subsidiária da Administração nos contratos de terceirização de serviços. O Supremo Tribunal Federal voltou a discutir vinculativamente a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por intermédio do Recurso Extraordinário (RE) nº 760.931, o qual teve repercussão geral reconhecida, constituindo o paradigma de nº 246. Como mencionado pela Ministra Carmen Lúcia durante o julgamento, o número de processos sobrestados com essa temática, à época do julgamento, ultrapassa 50 mil.¹⁴⁵

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela União Federal em face de ex-empregada de empresa terceirizada contratada pelo Poder Público para a prestação de serviços. O caso foi decidido pelo TST no Acórdão nº AIRR-100700-72.2008.5.02.0373¹⁴⁶, julgado este analisado no tópico anterior do presente trabalho, no qual se manteve a condenação da União com base na inversão do ônus da prova.

¹⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Terceirização*: Plenário define limites da responsabilidade da administração pública, mar. 2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

¹⁴⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº AIRR-100700-72.2008.5.02.0373, op. cit.

O Plenário do STF concluiu o julgamento do RE 760.931 em sessão realizada na data de 30/03/2017, reafirmando o entendimento da ADC nº 16 pela constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei de Licitações. Em 26/04/2017, a Corte fixou a tese de repercussão geral, *in verbis*¹⁴⁷: "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".

Consolidou o STF o entendimento de que a responsabilização da Administração não pode ser automática, na linha do que já fora decidido na ADC nº 16 e, também, da atual redação da Súmula nº 331 do TST. Contudo, ainda não houve a publicação do inteiro teor do acórdão, o qual teve como Redator designado o Ministro Luiz Fux, o que impossibilita, no momento, maior compreensão da decisão e as possíveis consequências para a jurisprudência do tema.

Em que pese ter sido fixada a tese de repercussão geral, o que se advém é que os termos e limites da decisão não ficaram claros pelas discussões ocorridas nas Sessões de Julgamento, o que inclusive suscitou a interposição de petição de Questão de Ordem pela Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras (ABRASF), admitida como *amicus curiae* no processo. Afirma a ABRASF que existe contradição entre a conclusão dos votos e o resultado do julgamento.¹⁴⁸

Ao início da análise do RE 760.931, a Ministra Rosa Weber, designada como Relatora para o caso, proferiu seu entendimento no sentido de negar procedência ao recurso interposto pela União, sob o fundamento de que o ônus da prova de que havia fiscalizado o contrato seria da Administração Pública. Propôs a Exma. Ministra a fixação de duas teses de repercussão geral¹⁴⁹:

- 1) Não é possível transferir automaticamente a responsabilidade subsidiária para Administração; e
- 2) É possível responsabilizar a Administração Pública quando não houver prova de que cumpriu com a sua obrigação de fiscalizar, em razão de sua conduta omissiva (se tiver agido, portanto, com culpa - culpa *in vigilando*).

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 760.931. Relatora: Rosa Weber. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4434203>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ Ibidem.

Acompanhando a Relatora, o Ministro Roberto Barroso sugeriu ampliar a tese do julgamento para os seguintes termos¹⁵⁰:

- 1) Em caso de terceirização, a Administração Pública responde subsidiariamente pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas da empresa contratada, no que respeita aos profissionais que tenham atuado em seu benefício, se restar comprovada falha do Poder Público em seu dever de fiscalizá-la (culpa *in vigilando*) ou em adotar as medidas cabíveis em relação ao inadimplemento. Precedente: ADC 16, rel. Min. Cezar Peluso.
- 2) Compete à Administração comprovar que houve adequada fiscalização.
- 3) O dever de fiscalização da Administração acerca do cumprimento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas constitui obrigação de meio, e não de resultado, e pode ser realizado através de fiscalização por amostragem, estruturada pelo próprio ente público, com apoio técnico de órgão de controle externo, caso em que gozará de presunção *juris tantum* de razoabilidade.
- 4) Constatada, pelo Poder Público, a ocorrência de inadimplemento trabalhista pela contratada, as seguintes providências devem ser tomadas: (i) notificar a empresa contratada, assinando-lhe prazo para sanar a irregularidade; (ii) em caso de não atendimento, ingressar com ação judicial para promover o depósito, a liquidação do valor e o pagamento em juízo das importâncias devidas, abatendo tais importâncias do valor devido à contratada.
- 5) Não é válida a responsabilização subsidiária da Administração Pública: (i) com afirmação genérica de culpa *in vigilando*, sem indicar, com rigor e precisão, os fatos e as circunstâncias que configuram a sua culpa *in vigilando* ou (ii) se for comprovada, pela Administração, a realização de fiscalização por amostragem e a adoção das medidas mitigadoras antes indicadas.

Interessante notar que, na tese acima proposta, utilizou-se os conceitos de obrigação de meio e obrigação de resultado para classificar o dever de fiscalização da Administração, defendendo-se que consiste, de fato, em uma mera obrigação de meio, não sendo o ente público um total garantidor das obrigações trabalhistas. Estes conceitos estão em sintonia com o abordado anteriormente no presente trabalho, conforme lição de Santos¹⁵¹.

Além do Ministro Roberto Barroso, acompanharam ainda o voto da Relatora os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, compondo assim 5 votos favoráveis, variando apenas quanto às características das provas necessárias para denotar a conduta culposa da Administração Pública. Entretanto, o Ministro Luiz Fux deu início a voto divergente, aduzindo, em sua sustentação oral, os seguintes argumentos¹⁵²:

Num primeiro momento eu peço vênia ao voto da Ministra Rosa Weber [...] mas eu vou me ater à solução da ADC 16 e à *ratio legis* da Lei nº 9.082, que, ao instituir uma responsabilidade previdenciária solidária não o fez em

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela Antecipada na Reclamação nº 26.397-BA, op. cit.

¹⁵¹ SANTOS, op. cit., p. 119.

¹⁵² STF. Pleno - Adiado julgamento sobre responsabilidade por inadimplemento de empresa terceirizada (2/2). Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=9I_Q9jmCeXI>. Acesso em: 06 jun. 2017.

relação à responsabilidade trabalhista subsidiária! Numa omissão eloquente [...]. Por isso, entendo que a Jurisdição Constitucional deve se curvar ao legislativo como sói ocorrer em todos doutrinadores que abordam os limites da Jurisdição Constitucional [...].

Prosseguindo, defendeu o Ministro Luiz Fux que o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993 exonera claramente a Administração Pública da responsabilidade por obrigações trabalhistas das empresas contratadas para terceirização de serviços, afirmando que causa perplexidade declarar tal dispositivo constitucional e, ao mesmo tempo, admitir qualquer tipo de responsabilidade da Administração, mesmo que subsidiária. O entendimento do Ministro Luiz Fux foi seguido pelos Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Gilmar Mendes.¹⁵³

O que, conforme a petição da ABRASF, não restou esclarecido, foi se os votos da Ministra Carmen Lúcia e, por fim, o voto de desempate do Ministro Alexandre de Moraes, além de seguirem a divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux, também teriam compactuado com a tese e os fundamentos da plena constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei de Licitações, e da consequente impossibilidade de qualquer responsabilização do Poder Público.¹⁵⁴

No julgamento, a Ministra Carmen Lúcia, emanando seu voto em acompanhamento à divergência, defendeu a constitucionalidade do citado dispositivo sem a possibilidade de interpretação constitucional para responsabilização da Administração. Contudo, tanto a Exma. Ministra quanto o Ministro Alexandre de Moraes mencionaram, em seus discursos, trechos que, em sentido contrário, admitiriam essa interpretação, quando houvesse prova do nexo de causalidade entre a conduta da fiscalização do contrato e o dano sofrido pelo empregado.¹⁵⁵

Portanto, o voto divergente do Ministro Luiz Fux, designado como condutor para a prolação do acórdão, foi acompanhado claramente em seus completos fundamentos pelos Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, de modo a não aceitar qualquer tipo de responsabilidade da Administração. Contudo, com os votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Carmen Lúcia, os quais teriam acompanhado a divergência e, por conseguinte, feito desta o entendimento majoritário por 6 votos a 5, não ficou esclarecido se ainda haveria alguma interpretação para admitir a responsabilização da Administração Pública, mesmo com a declaração de constitucionalidade plena do art. 71, §1º, da Lei de Licitações, o que se

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário, op. cit.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

objetiva sanar com a questão de ordem proposta pela ABRASF e poderá ser verificado com a publicação do inteiro teor do acórdão do RE 760.931.¹⁵⁶

Enquanto não se delimita detalhadamente os termos da decisão do RE 760.931, uma análise da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal permite expor como a Corte vem entendendo o tema em casos difusos. Ao julgar Agravo Regimental na Reclamação nº 23.458, do Distrito Federal, a Ministra Rosa Weber, Relatora do julgado, consignou em seu voto, analisando argumento do ente público de que sua condenação por falta de provas de fiscalização seria contrária à ADC nº 16¹⁵⁷:

Note-se que [...] não se cuidou de responsabilização automática do ente público, tampouco de ofensa ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, mas de **efetiva culpa do ente público pelo descumprimento do dever de fiscalizar o adimplemento das verbas trabalhistas decorrentes da prestação de serviços contratada**. [...] Limitado a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, **no julgamento da ADC 16, não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador** [...]. Consignada a omissão da Administração pública quanto ao poder-dever de fiscalizar o adimplemento, pela contratada, das obrigações legais que lhe incumbiam - a caracterizar a culpa *in vigilando* -, **ou a falta de prova acerca do cumprimento dos deveres de fiscalização** - de observância obrigatória -, não há falar em afronta à ADC 16. (grifou-se)

O voto da Exma. Ministra, o qual se sagrou vencedor por maioria no julgamento, destaca que deve haver efetiva culpa da Administração Pública em sua conduta de fiscalização para possibilitar a condenação subsidiária. Contudo, afirma que a ADC nº 16 não decidiu a questão do ônus da prova e de sua distribuição, tampouco determinou quais os parâmetros que o julgador deveria utilizar para valorar as provas trazidas aos casos concretos. Portanto, concluiu que, havendo omissão da Administração em seu dever de fiscalizar, o que poderia ser deduzido inclusive da simples falta de provas, seria cabível a responsabilização do ente público por culpa *in vigilando*.

Cabe destacar que, na citada Reclamação, o Ministro Marco Aurélio, restando vencido pela maioria, votou em divergência ao entendimento da Relatora, consignando que o art. 71, §1º, da Lei de Licitações excluiria qualquer responsabilidade da Administração Pública, nos seguintes termos¹⁵⁸:

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 23.458-DF. 1ª Turma. Relatora: Rosa Weber. Sessão Virtual de 09-15/12/2016. Diário da Justiça eletrônico, DF, 13 mar. 2017.

¹⁵⁸ Ibidem.

Tem-se que a Justiça do Trabalho acabou por generalizar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na tomada de serviços terceirizados, inobservando o disposto no pronunciamento do Tribunal na ação declaratória de constitucionalidade nº 16 quando placitado o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1990 no que exclui a citada responsabilidade.

Em sentido contrário ao consignado no julgado acima, o STF deferiu pedido de liminar na Reclamação nº 27.392, do Rio de Janeiro, para suspensão de processo em que a Administração Pública foi condenada por culpa *in vigilando* caracterizada pela falta de provas de fiscalização do contrato. O Ministro Gilmar Mendes, ao extrair da decisão reclamada trecho em que se fundamenta a condenação no ônus da prova do órgão público em afastar sua conduta culposa, entendeu que não houve real caracterização da culpa¹⁵⁹:

No presente caso, verifico que a autoridade reclamada **não empreendeu análise da espécie fática**, tratando o caso apenas em abstrato, como mais um episódio da recorrente controvérsia gerada pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas pelos contratados da Administração Pública. [...] Assim, em primeiro juízo, entendo que o Tribunal reclamado reconheceu a responsabilidade da Administração Pública sem caracterização de culpa, afastando a aplicação da norma do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, cuja constitucionalidade foi reconhecida na ADC 16 [...]. (grifou-se)

Já na Reclamação nº 26.379, da Bahia, em situação fática e jurídica semelhante, o Ministro Gilmar Mendes confirmou liminar ora deferida sob os mesmos argumentos do caso supracitado, cassando o acórdão que havia condenado a Administração Pública¹⁶⁰. Consonante ao decidido nestes julgados, entendeu o STF na Reclamação nº 26.743, de São Paulo, sob o voto do Relator Celso de Mello, que deve haver indicação precisa da conduta culposa da Administração, lastreada por elementos probatórios. Embasou-se o voto em decisão do Ministro Teori Zavascki, nomeada como atual posicionamento dominante da 2ª Turma do STF, na qual se julgou que, independente da discussão da distribuição do ônus da prova, é imprescindível a indicação dos fatos e das provas que sustentam eventual condenação da Administração, sob pena de se presumir a responsabilidade em sentido contrário ao da ADC nº 16. Do voto do Ministro Celso de Mello¹⁶¹:

Impende observar que a decisão judicial ora reclamada deixou de indicar, precisamente, a conduta que, evidenciada por elementos fáticos e probatórios produzidos nos autos do processo trabalhista, subsidiaria a

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 27.392-RJ. Relator: Gilmar Mendes. Decisão Monocrática de 14/06/2017. Diário da Justiça eletrônico, DF, 19 jun. 2017.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 26.379-BA. Relator: Gilmar Mendes. Decisão Monocrática de 19/04/2017. Diário da Justiça eletrônico, DF, 28 abr. 2017.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 26.743-SP. Relator: Celso de Mello. Decisão Monocrática de 31/05/2017. Diário da Justiça eletrônico, DF, 05 jun. 2017.

imputação de responsabilidade subjetiva à Administração Pública. Cumpre destacar, finalmente, que o saudoso Ministro Teori Zavascki, defrontando-se com idêntica pretensão, veio a julgar procedente a ação reclamatória, [...] [entendimento este] que reflete a posição jurisprudencial hoje prevalecte na Segunda Turma desta Corte [...]. (destacou-se)

Diante do exposto, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência recente, diverge quanto à questão do ônus da prova e da tipificação probatória que pode afastar ou caracterizar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por culpa *in vigilando*. Como se viu, há entendimento da Suprema Corte de que a simples falta de provas, as quais deveriam ter sido produzidas pelo ente público, autorizaria a condenação¹⁶², assim como, em sentido contrário, também entendeu o STF que a falta de clara demonstração fática e probatória da conduta culposa da Administração enseja sua absolvição¹⁶³.

4.3 Consequências do RE nº 760.931, Lei nº 13.429/2017 e Prospectivas

A depender do inteiro teor da decisão do Recurso Extraordinário nº 760.391, ainda pendente de publicação, algumas das divergências observadas nos TRTs, TST e no próprio Supremo Tribunal Federal terão oportunidade de serem sanadas. Observa-se que, no momento, mesmo a Justiça Trabalhista não tem como certos os limites do julgamento do RE nº 760.931, conforme se consigna do seguinte voto proferido no RO nº 0000149-74.2015.5.12.0013 do TRT da 12ª Região¹⁶⁴:

Ad initio, considerando o julgamento realizado pelo STF, na RE 760931 relativo à responsabilidade subsidiária do ente público, com repercussão geral, proposita, de ofício, o sobrestamento do presente feito até a publicação do respectivo acórdão. Todavia, restei vencido pela maioria dos membros da Câmara, os quais entenderam que a ciência do exato teor do referido acórdão não interferirá no resultado do julgamento, servindo no máximo para robustecer os seus fundamentos.

No momento, a análise da Justiça Trabalhista está limitada à tese de repercussão geral que foi fixada, como se vê em trecho de julgado do Tribunal Superior do Trabalho¹⁶⁵:

Acrescente-se que não se verifica desrespeito à tese de repercussão geral, firmada no julgamento do RE-760931, pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que não houve, no caso, a transferência automática da

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 23.458-DF, op. cit.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 26.379-BA, op. cit.

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-00149-2015-013-12-00-4, op. cit., p. 03-04.

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº AIRR-001293-43.2014.5.19.0007. 7ª Turma. Relator: Cláudio Brandão. Sessão de 07/06/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 14 jun. 2017.

responsabilidade decorrente do inadimplemento da obrigação pelo empregador. Ficou evidenciada a culpa *in vigilando* do ente público. **Tal conclusão se baseia apenas nas informações disponibilizadas no sítio daquela Corte na internet, pois a decisão ainda aguarda a redação do acórdão e a respectiva publicação no órgão oficial.** (grifou-se)

Importante destacar a jurisprudência recente do próprio STF ao mencionar e comentar o RE nº 760.931, a qual pode auxiliar na compreensão da amplitude do que foi decidido. O Ministro Gilmar Mendes, em decisão de 14/06/2017, afirmou que remanesce a possibilidade de condenação da Administração quando houver prova inequívoca da conduta culposa na fiscalização¹⁶⁶:

O Plenário desta Corte, ao julgar o mérito do citado paradigma [RE 760.931], deu parcial provimento ao recurso da União e confirmou o entendimento adotado na ADC 16, no sentido de proibir a responsabilização automática da Administração Pública, **só cabendo condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.** (grifou-se)

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, compartilhando da visão do Ministro Gilmar Mendes, afirmou que o Recurso Extraordinário teria confirmado termos já delineados na ADC nº 16, trazendo os seguintes fundamentos à decisão prolatada em 09/06/2017¹⁶⁷:

Recentemente, no dia 26/4/2017, esta Corte, **confirmando o entendimento adotado na ADC 16/DF**, concluiu o julgamento do RE 760.931 [...]. Importante ressaltar que, no julgamento da ADC 16/DF, este Tribunal reconheceu que eventual omissão da administração pública no dever de fiscalizar as obrigações do contratado **poderia gerar essa responsabilidade, caso efetivamente demonstrada a culpa *in vigilando* do ente público.** Não se poderia impedir que a justiça laboral, à luz dos fatos da causa, reconheça a responsabilidade subsidiária da administração. (grifou-se)

Discorrendo sobre o tema em decisão de 31/05/2017, o Ministro Roberto Barroso trouxe à fundamentação a tese que propôs no julgamento do Recurso Extraordinário 760.931, a qual, apesar de ter recebido 05 votos, não foi vencedora. Na sequência, afirma que a decisão alcançada na tese de repercussão geral impede a responsabilização da Administração Pública quando não houver prova de sua fiscalização, o que não significaria consignar a total irresponsabilidade do ente público¹⁶⁸:

Com efeito, em 26.04.2017, o Supremo concluiu o julgamento do RE 760.931, paradigma do Tema 246 da repercussão geral. **Naquela decisão, o**

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 27.392-RJ, op. cit.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 27.352-SP. Relator: Ricardo Lewandowski. Decisão Monocrática de 09/06/2017. Diário da Justiça eletrônico, DF, 13 jun. 2017.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela Antecipada na Reclamação nº 26.397-BA, op. cit.

Supremo afastou a condenação subsidiária da União pelas dívidas decorrentes de contrato de terceirização, embora, segundo o TST, não tenha havido o exercício adequado do poder-dever de fiscalização. [...] Como se vê, o entendimento adotado no julgamento da repercussão geral afastou a responsabilidade subsidiária do ente público, quando embasada exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização pela Administração. Por outro lado, não se afirmou categoricamente a total irresponsabilidade da Administração Pública, já que, de acordo com a tese firmada, somente está proibida a transferência “automática” dos ônus do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empregadora. [...] Nesse contexto, penso que a responsabilização do ente público depende da demonstração de que ele possuía conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, deixou de adotar as medidas necessárias para combatê-la. É dizer: somente está autorizada a mitigação da regra do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, caso demonstrado que a Administração teve ciência do reiterado descumprimento de deveres trabalhistas relativamente ao mesmo contrato de terceirização e que, a despeito disso, permaneceu inerte. (grifou-se)

Adiante, o Ministro Alexandre de Moraes, responsável por desempatar a votação do RE 760.931 e tendo, em princípio, acompanhado o entendimento de divergência do Ministro Luiz Fux, proferiu decisão em 05/06/2017, na qual afirmou que a responsabilidade da Administração Pública não poderia decorrer da inversão do ônus da prova, mas que, havendo demonstração cabal do nexo de causalidade entre a conduta fiscalizatória do ente público e o inadimplemento sofrido pelo empregado, poder-se-ia caracterizar a responsabilidade subsidiária. O que caracterizaria a culpa *in vigilando* seria, então, um comportamento negligente e repetitivo da Administração na verificação do cumprimento dos direitos trabalhistas dos funcionários¹⁶⁹:

Na ocasião [julgamento do RE 760.931], o Plenário, por maioria, afirmou que **inexiste responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador**, e, conforme declarei em meu voto, *ante a ausência de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância, subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem seus quadros*. No mesmo julgamento, também consignei, em meu voto, que: “[...] **Não me parece que seja automaticamente dedutível [...] um dever estatal de fiscalização do pagamento de toda e qualquer parcela, rubrica por rubrica, verba por verba, devida aos trabalhadores. O que pode induzir à responsabilização do Poder Público é a comprovação de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; ou seja, a necessidade de prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido**

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 26.867-ES. Relator: Alexandre de Moraes. Decisão Monocrática de 05/06/2017. Diário da Justiça eletrônico, DF, 08 jun. 2017.

pelo trabalhador. Se não houver essa fixação expressa, clara e taxativa por esta Corte, estaremos possibilitando, novamente, outras interpretações que acabem por afastar o entendimento definitivo sobre a responsabilização da Administração Pública nas terceirizações, **com a possibilidade de novas condenações do Estado por mero inadimplemento e, conseqüentemente a manutenção do desrespeito à decisão desta Corte na ADC 16**". (grifou-se)

O que se vê, portanto, é que o entendimento que o Supremo Tribunal Federal vem consignando em suas decisões recentes não guarda estrita relação com o voto de divergência inaugurado pelo Ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário nº 760.931, o qual se sagrou vencedor ao final do julgamento. Como apontado pelo Ministro Alexandre de Moraes no caso acima, a clara definição do entendimento do STF na matéria é essencial para que se possa evitar novas interpretações que gerem a condenação do Estado em face de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa interposta, sem que se tenha investigado a efetiva culpa do ente público na geração do dano.

Por fim, na temática da terceirização de serviços, relevante destacar que foi sancionada, em 31/03/2017, a Lei nº 13.429, dispondo sobre regras de trabalho temporário e terceirização, vindo a alterar e acrescentar dispositivos à Lei nº 6.019/1974. Nos termos dos novos artigos da Lei nº 6.019/1974, a contratante dos serviços, definida como pessoa física ou jurídica que celebra contrato com a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços, seria responsável subsidiária pelas obrigações trabalhistas, devendo oferecer condições de higiene, segurança e salubridade aos trabalhadores:

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

[...] § 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

[...] § 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.

O disposto no art. 5º-A, §5º, da lei supracitada, o qual prevê expressamente a responsabilidade subsidiária da empresa contratante na terceirização de serviços determinados e específicos, trata-se de regral geral sobre o tema, não se aplicando, em princípio, à Administração Pública. Eis que a Lei de Licitações, ao prever, em seu art. 71, §1º, que não há

responsabilidade da Administração por encargos trabalhistas, disciplinou a matéria especificamente para o âmbito administrativo. Tem-se que, por inteligência do art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a norma especial deve prevalecer sobre a norma geral¹⁷⁰.

Outro ponto importante trazido pela Lei nº 13.429/2017 está na questão do trabalho temporário e da terceirização de atividades-fim das empresas. Alterou-se o art. 9º, §3º, da Lei nº 6.019/1974 para a seguinte redação: "O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços". Logo, resta evidente a possibilidade das empresas celebrarem contratos de trabalho temporário para realização de suas atividades-fim.

No entanto, não existe esta previsão expressa nos artigos da nova legislação que trataram da terceirização de serviços. Ainda assim, o que foi veiculado pela grande mídia foi que a Lei nº 13.429/2017 veio a autorizar a terceirização ampla, qual seja, das atividades-fim das empresas que contratem os serviços. Para Toledo Filho¹⁷¹, Guimarães Feliciano¹⁷² e Barbosa Garcia¹⁷³, por exemplo, não é esta a interpretação correta da nova lei, a qual, em seu silêncio, não teria autorizado que as atividades finalísticas sejam terceirizadas.

Eis que o introduzido art. 4º-A, *caput*, da Lei nº 6.019/1973, ao conceituar empresa prestadora de serviços terceirizados, apenas os classifica como serviços determinados e específicos, em nenhum momento mencionando atividades-fim da empresa que os contrata, como o fez, expressamente, ao tratar do trabalho temporário. Portanto, a distinção entre atividade-meio e atividade-fim não era estranha ao legislador, visto que utilizou os conceitos na alteração do art. 9º, §3º. Nessa linha, remanesce o que já se tinha anteriormente no ordenamento jurídico brasileiro em matéria de atividades terceirizáveis: no silêncio da lei, regula-se a questão por meio da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Por conseguinte, a terceirização de atividades-fim continua se classificando como terceirização ilícita, não autorizada no Brasil.¹⁷⁴

¹⁷⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, 1: Lei de introdução e parte geral*. 6. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 65.

¹⁷¹ TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Nova lei impede terceirização permanente da atividade-fim*, abr. 2017. Disponível em <<https://www.anamatra.org.br/artigos/25167-nova-lei-impede-terceirizacao-permanente-da-atividade-fim>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁷² FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Terceirização de tudo, para todos. E agora?*, abr. 2017. Disponível em <<https://www.anamatra.org.br/artigos/25260-terceirizacao-de-tudo-para-todos-e-agora>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁷³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Lei da terceirização não é clara quanto à permissão para atividade-fim*, abr. 2017. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁷⁴ FELICIANO, op. cit.

Por fim, resta aguardar como a jurisprudência brasileira se comportará em face das alterações promovidas pela Lei nº 13.429/2017 no tema da terceirização de serviços e, também, com o desfecho do julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931, verificando-se quais serão as consequências para a terceirização na Administração Pública. De pronto, o que se nota é que o entendimento dos Órgãos Julgadores não é uniforme na interpretação da Súmula nº 331 do TST e nos elementos caracterizadores da culpa *in vigilando* da Administração, restando necessário que a Suprema Corte brasileira traga uniformização à matéria. O RE nº 760.931 parece ser, no momento, a melhor oportunidade para alcançar este objetivo.

5 CONCLUSÃO

Frente ao exposto, buscou-se demonstrar quais os conceitos e fundamentos jurídicos que permeiam a culpa *in vigilando* da Administração Pública nos contratos de terceirização de serviços com dedicação exclusiva de mão-de-obra. Elemento fundamental para a formação da responsabilidade subsidiária do ente público em face de inadimplementos das obrigações trabalhistas de empresas contratadas, restou claro que a culpa *in vigilando* não pode ser presumida, de modo que não se transfigure o encargo da Administração em responsabilidade objetiva.

O problema colocado ao início da pesquisa, inquirindo-se se seria possível delimitar a culpa *in vigilando* e entender como a jurisprudência tem se comportado acerca do instituto, foi respondido positivamente, confirmando-se a hipótese ventilada de que uma efetiva fiscalização da Administração Pública afastaria sua responsabilidade subsidiária. Ainda, também se verificou, ao fim do trabalho, que existem divergências jurisprudenciais na aplicação da culpa *in vigilando* e na complexidade dos seus elementos caracterizadores.

No primeiro capítulo da presente monografia, definiu-se a terceirização de serviços como um processo de transferência da execução de tarefas que não figuram no núcleo fundamental de atuação da empresa. Ganhando força no Brasil por volta dos anos 90, a terceirização passou a ser uma solução também procurada pela Administração Pública, na qual ficou conhecida como execução indireta de atividades.

O que se viu é que a terceirização, no Poder Público, só pode acontecer para as atividades-meio das entidades, entendendo-se como aquelas de caráter meramente instrumental ou executório. São tarefas, como limpeza e vigilância, que não constituem o verdadeiro objetivo da Administração. As atividades-fim, por sua vez, só podem ser executadas por agentes públicos, que mantenham vínculo jurídico direto com o Estado. São aquelas atividades essenciais do ente público, as quais motivaram sua criação.

Para regular a terceirização no Brasil, o Tribunal Superior do Trabalho emitiu, em 1993, a Súmula nº 331, a qual, em sua redação original, não tratava expressamente da Administração Pública. Em 2000, o TST alterou a redação do inciso IV da Súmula, trazendo a responsabilidade subsidiária da Administração em qualquer situação de inadimplemento de obrigações trabalhistas. Acontece que o art. 71, §1º, da Lei de Licitações, dispõe que a responsabilidade por tais inadimplementos não se transfere ao Poder Público. Por tal motivo, o citado dispositivo da Lei nº 8.666/1993 foi objeto da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, em 2007.

O Supremo Tribunal Federal julgou a ADC nº 16 em 2010, decidindo pela constitucionalidade do art. 71, §1º, afastando assim a possibilidade de responsabilização automática da Administração Pública. Contudo, ressaltou em seu julgamento a hipótese da Justiça Trabalhista de, diante do caso concreto, investigar se houveram falhas na fiscalização do contrato que justificariam a transferência da responsabilidade. Deste modo, o TST alterou novamente a Súmula nº 331 para prever, agora, a responsabilidade subsidiária culposa da Administração, a qual só poderá se concretizar com a demonstração de culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do órgão público. A culpa *in eligendo* só se caracteriza quando a Administração Pública falha ou fraudula o procedimento licitatório. A culpa *in vigilando*, por sua vez, forma-se com a falha ou falta de fiscalização do contrato administrativo.

Passou-se, no segundo capítulo, a analisar a responsabilidade civil do Estado, conceituando-se responsabilidade como o dever daquele que causa um dano a indenizá-lo e restabelecer o equilíbrio da relação. A responsabilidade pode ser contratual, quando decorre de uma obrigação estabelecida em contrato, ou extracontratual, quando originada na violação de uma obrigação legal. Também se distingue, ainda, em responsabilidade objetiva, quando basta a demonstração do nexo de causalidade da conduta com o dano, e em responsabilidade subjetiva, quando, além do nexo causal, é necessária a demonstração da culpa do agente.

A Constituição Federal, com base na Teoria do Risco Administrativo, adotou a tese da responsabilidade objetiva do Estado, o qual deve responder diretamente pelas condutas danosas de seus agentes independentemente destes terem agido com culpa ou dolo. Diferencia-se da Teoria do Risco Integral, pois, nesta última, estaria dispensada inclusive a demonstração de nexo causal entre a conduta e o dano. Questão controvertida na doutrina diz respeito à responsabilidade por prejuízos quando há omissão do Estado, uma vez que a Constituição só fala em danos causados diretamente pelos agentes públicos.

Como se viu, há entendimento no sentido de que a responsabilidade estatal por omissão seria subjetiva, só se configurando quando a Administração estivesse obrigada a impedir a lesão e não o fizesse por uma conduta culposa. Por outro lado, doutrina divergente aduz que a responsabilidade, nos casos de omissão específica, continuaria objetiva, surgindo quando o Estado, tendo o dever de impedir o dano, fosse causa direta da lesão. Não sendo a Administração a causa direta, a responsabilidade passaria a ser apenas subjetiva.

Por conseguinte, a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas inadimplidos da empresa contratada é subsidiária, uma vez que só se forma caso a empresa, enquanto devedora principal, não arque com suas obrigações, e subjetiva,

considerando-se que não decorre automaticamente do inadimplemento. A tese adotada pelo TST até o julgamento da ADC nº 16, da responsabilização automática da Administração, aplicava ao ente público, mesmo que tacitamente, a teoria da responsabilidade objetiva pelo risco integral, pois prescindia de qualquer demonstração de culpa e nexo de causalidade.

Acontece que, não havendo expressa obrigação legal de ampla fiscalização dos contratos de trabalho das empresas terceirizadas, a doutrina parece ser uniforme ao determinar que a responsabilidade da Administração por omissão é subjetiva. Ou seja, só haverá responsabilidade se demonstrados os elementos da culpa e do nexo de causalidade. A Súmula nº 331, em sua redação mais recente, consagra expressamente o primeiro elemento, exigindo, para a condenação subsidiária do ente público, a demonstração de conduta culposa no cumprimento de suas obrigações legais. Em especial, destacou-se a culpa *in vigilando*, que se caracteriza quando a Administração não fiscaliza adequadamente os contratos de terceirização de serviços com dedicação exclusiva de mão-de-obra.

O objetivo destes tópicos, ao abordar a responsabilidade civil do Estado, foi enquadrar a obrigação de fiscalização dos contratos administrativos no campo da responsabilidade extracontratual, porquanto consubstanciada na Lei nº 8.666/1993. Deste modo, enquanto responsabilidade patrimonial, decorre de dever legal, não se enquadrando na responsabilidade objetiva do Estado por se tratar de um dano por omissão: uma vez que a omissão na fiscalização se trata de descumprimento genérico, não vinculado ao impedimento absoluto do dano, caracteriza-se como responsabilidade extracontratual subjetiva da Administração Pública.

Ao final do segundo capítulo, discorreu-se sobre a obrigação de fiscalização dos contratos administrativos, prevista no art. 67 da Lei de Licitações. O fiscal do contrato, formalmente designado para atuar nesta função, é o responsável por medir e verificar a execução dos serviços contratados, devendo agir, no âmbito da Administração Pública Federal, em conformidade com a Instrução Normativa nº 05/2017. Para que o ente público possa afastar eventual responsabilidade subsidiária por encargos trabalhistas, deve realizar uma fiscalização ativa e satisfatória.

Conforme estudado, o que a Administração deve demonstrar é que teve ânimo em resguardar os direitos trabalhistas dos funcionários alocados para a prestação de serviços no órgão, adotando rapidamente as medidas necessárias para sanar eventuais falhas da empresa contratada, como, por exemplo, a aplicação de sanções administrativas, o pagamento direto dos funcionários, o depósito em juízo dos créditos da empresa e, por fim, a rescisão do

contrato administrativo. Concluiu-se que a obrigação de fiscalização é uma obrigação de meio, a qual, ocorrendo dentro de parâmetros adequados, não está vinculada à garantia absoluta de que nenhum inadimplemento trabalhista ocorrerá.

Por fim, o último capítulo do trabalho teve como objetivo analisar a jurisprudência brasileira na aplicação do instituto da culpa *in vigilando*, investigando-se em casos práticos de que maneira os elementos até então elencados são empregados. Primeiramente, visitou-se julgados da Justiça Trabalhista, verificando-se na jurisprudência recente de Tribunais Regionais do Trabalho e do TST como a matéria vem se delimitando.

O primeiro impasse que se estabeleceu nos julgados foi a questão do ônus da prova acerca da fiscalização da Administração. Viu-se que parte da Justiça do Trabalho vem consubstanciando que o *onus probandi* seria exclusivo do ente público, o qual deveria demonstrar claramente que realizou fiscalização ampla do contrato. Não havendo provas desta fiscalização, estaria caracterizada a culpa *in vigilando*, condenando-se a Administração como responsável subsidiária, posicionamento este adotado pelo próprio TST em alguns casos. Foram comentadas decisões em que, mesmo com provas de procedimentos fiscalizatórios do órgão público, como aplicação de sanções e rescisão do contrato, o entendimento foi de que, restando verbas inadimplidas, não houve fiscalização adequada.

Em que pese a jurisprudência acima, o próprio TST tem decisões recentes em sentido contrário, nas quais concluiu que não seria possível inverter o ônus da prova em favor do empregado para condenar a Administração sem provas de que houve conduta culposa na fiscalização. Afirmou o Tribunal que deve haver nexo de causalidade entre os atos ou omissões culposos da fiscalização do contrato, lastreados por elementos probatórios, para só então ensejar a formação da culpa *in vigilando*. Parece ser este o entendimento que coaduna mais precisamente com os fundamentos estudados nos dois primeiros capítulos do trabalho. Destaca-se que a divergência apontada possui julgados do Supremo Tribunal Federal em ambos os sentidos.

O que se verificou na jurisprudência foi que, quando a Administração logra êxito em provar que fiscalizava periodicamente o contrato, independentemente da distribuição do ônus da prova, merece ser absolvida da responsabilidade subsidiária, conquanto preenchidos os requisitos da Súmula nº 331 do TST. Alguns dos casos em que houve tal demonstração no processo e nos quais, ainda assim, a Administração restou condenada, chegaram a ser reformados por instâncias superiores, entendendo-se que havia sido aplicada responsabilização automática.

A tese de que a Administração só se liberaria da responsabilidade caso garantisse que nenhum inadimplemento restasse ao final do contrato vem sendo rechaçada pelas Cortes Superiores, em consonância com a ideia da fiscalização como uma obrigação de meio, e não de resultado. Esclareceu-se que a responsabilidade objetiva do Estado, prevista na Constituição Federal, não serve de fundamento para o tema deste trabalho, ao qual se aplica a responsabilidade subjetiva. Não é possível usar de tese genérica para condenar o ente público, de modo que se garanta a autoridade do que foi decidido na ADC nº 16 do STF.

Discorreu-se, ainda, sobre caso do Supremo Tribunal Federal que voltou a analisar o tema, por intermédio do Recurso Extraordinário nº 760.931. Em que pese a recente conclusão do julgamento e a fixação da tese de repercussão geral consubstanciando que a responsabilização da Administração Pública não é automática, concluiu-se, pela análise realizada, que os termos precisos do que foi decidido pelo STF ainda não estão claros. O voto de divergência que, ao fim, sagrou-se vencedor, foi inaugurado sob o argumento de que o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, eximiria a Administração Pública de qualquer responsabilidade pelos encargos trabalhistas, mesmo que houvessem falhas na fiscalização.

Entretanto, prosseguindo o julgamento, votos que acompanharam a divergência mencionaram, ainda assim, a possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração quando houvesse clara demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do ente público e o inadimplemento ocorrido. O inteiro teor do acórdão do RE nº 760.931 ainda não foi publicado pela Suprema Corte, o que impossibilita a clara delimitação de seus termos. O que se buscou fazer, portanto, foi verificar como o próprio STF vem se manifestando após o fim do julgamento do Recurso Extraordinário.

Nas Reclamações analisadas posteriores à fixação da tese de repercussão geral do RE nº 760.931, parece haver certa uniformidade do STF ao consignar que permanece possível a responsabilização subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas inadimplidos, condicionada à demonstração de prova inequívoca da culpa *in vigilando*. Portanto, não seria possível condenar o ente público com base na falta de provas sob o argumento de que era ônus da Administração provê-las, o que não significa que esta seria totalmente irresponsável pelos encargos. Para a responsabilização, seria necessária a demonstração cabal de conduta sistêmica do órgão público ao fiscalizar negligentemente o contrato administrativo, caracterizando-se o nexo causal entre tal conduta e o dano ocorrido.

Tem-se que o delineamento acima, o qual aparenta ser a consonância da Suprema Corte nos julgamentos posteriores ao Recurso Extraordinário nº 760.931, consubstancia-se no

entendimento mais adequado aos elementos caracterizadores da culpa *in vigilando* estudados no presente trabalho. O objetivo desta monografia, por certo, não é esgotar a discussão, até mesmo porque suscita amplas discussões no âmbito da Justiça Trabalhista e do próprio Supremo Tribunal Federal. O posicionamento deste último poderá ser esclarecido com mais precisão com a publicação da decisão e completos fundamentos do RE 760.931, elementos que possibilitarão ampliar o debate e aprofundar os argumentos ora colacionados no presente.

Resumindo-se a conclusão afluída pela análise da bibliografia e da jurisprudência em comento, tem-se que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas inadimplidos na contratação de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão-de-obra não é automática, restando necessária a contundente prova de que houveram falhas na atividade de fiscalização, as quais devem estar conectadas pelo nexo de causalidade aos danos sofridos pelos empregados terceirizados. O que não se pode aceitar é que a simples falta de provas ou a ocorrência do próprio inadimplemento autorizem a extensão da responsabilidade à Administração, sob pena de se admitir a aplicação da teoria do risco integral na seara administrativa.

Remanesce a discussão acerca da distribuição do ônus da prova, na qual existem posicionamentos que defendem que eventual incumbência do empregado para a produção dos elementos probatórios de falhas na fiscalização da Administração se consubstanciaria em prova negativa. Nesta linha, caberia ao Poder Público trazer ao julgamento documentos que demonstrem ter atuado ativamente na fiscalização dos contratos. O cotejo analítico dos processos administrativos que originaram a contratação e acompanharam a execução dos serviços demonstrariam se houve ou não efetiva fiscalização do contrato, cabendo conectar a conduta culposa da Administração ao inadimplemento dos encargos trabalhistas.

A atividade de fiscalização de contratos pela Administração Pública, enquanto obrigação de meio, só constituiria a culpa *in vigilando* do Estado quando não houvesse atuação adequada ao resguardo dos direitos do trabalhadores, demonstrando-se claramente que o órgão público não agiu face à violação de obrigações trabalhistas das empresas com as quais contrata. Estender esta responsabilização de maneira irrestrita violaria a própria ideia de terceirização, fazendo-se imprescindível que haja um claro regramento jurídico para a matéria, de modo que se possa sanar as divergências vislumbradas na jurisprudência e, ainda, impedir a utilização de teses jurídicas genéricas para a condenação direta da Administração Pública sem a efetiva análise do caso concreto.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017. Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. 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: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 23.458-DF. 1ª Turma. Relatora: Rosa Weber. Sessão Virtual de 09-15/12/2016. Diário da Justiça eletrônico, DF, 13 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 26.743-SP. Relator: Celso de Mello. Decisão Monocrática de 31/05/2017. Diário da Justiça eletrônico, DF, 05 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 27.392-RJ. Relator: Gilmar Mendes. Decisão Monocrática de 14/06/2017. Diário da Justiça eletrônico, DF, 19 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 15.003-PR. Tribunal Pleno. Relator: Dias Toffoli. Sessão de 30/04/2014. Diário da Justiça eletrônico, DF, 06 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 26.379-BA. Relator: Gilmar Mendes. Decisão Monocrática de 19/04/2017. Diário da Justiça eletrônico, DF, 28 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 26.867-ES. Relator: Alexandre de Moraes. Decisão Monocrática de 05/06/2017. Diário da Justiça eletrônico, DF, 08 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 27.352-SP. Relator: Ricardo Lewandowski. Decisão Monocrática de 09/06/2017. Diário da Justiça eletrônico, DF, 13 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 760.931. Relatora: Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4434203>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela Antecipada na Reclamação nº 26.397-BA. Relator: Roberto Barroso. Decisão Monocrática de 31/05/2017. Diário da Justiça eletrônico, DF, 02 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 859/2006. Plenário. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Sessão de 07/06/2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 jun. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1632/2009. Plenário. Relator: Marcos Bemquerer. Sessão de 22/07/2009. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jul. 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2512/2009. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz. Sessão de 28/10/2009. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 out. 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1094/2013. Plenário. Relator: José Jorge. Sessão de 08/05/2013. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 mai. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-00149-2015-013-12-00-4. 3ª Câmara. Relator: Amarildo Carlos de Lima. Sessão de 19/04/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=336980>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-00600-2009-011-12-85-5. 6ª Câmara. Relatora: Mirna Uliano Bertoldi. Sessão de 21/03/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=335852>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-00664-2015-023-12-00-1. 1ª Câmara. Relator: José Ernesto Manzi. Sessão de 19/04/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=336677>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-00672-2014-023-12-00-7. 3ª Câmara. Relator: Amarildo Carlos de Lima. Sessão de 19/04/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=336816>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-00677-2014-023-12-00-0. 5ª Câmara. Relatora: Gisele Pereira Alexandrino. Sessão de 28/03/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=336098>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-01376-2015-051-12-00-3. 1ª Câmara. Relatora: Viviane Colucci. Sessão de 22/02/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=334594>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-03521-2015-027-12-00-7. 5ª Câmara. Relatora: Gisele Pereira Alexandrino. Sessão de 18/04/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=336511>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-04960-2015-005-12-00-0. 6ª Câmara. Relatora: Teresa Regina Cotosky. Sessão de 07/03/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=334904>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº RO-08826-2008-001-12-96-9. 3ª Câmara. Relator: Roberto Luiz Guglielmetto. Sessão de 03/05/2017. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=337240>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº AIRR-001141-72.2011.5.02.0039. 3ª Turma. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Sessão de 03/05/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 11 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº AIRR-001293-43.2014.5.19.0007. 7ª Turma. Relator: Cláudio Brandão. Sessão de 07/06/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 14 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº AIRR-100700-72.2008.5.02.0373. 2ª Turma. Sessão de 11/04/2012. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 20 abr. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-000083-61.2014.5.10.0021. 7ª Turma. Relator: Vieira de Mello Filho. Sessão de 03/05/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 04 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-000345-10.2015.5.17.0141. 3ª Turma. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Sessão de 03/05/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 11 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-000362-66.2013.5.04.0662. 1ª Turma. Relator: Walmir Oliveira da Costa. Sessão de 14/06/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 16 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-001244-91.2010.5.19.0055. 5ª Turma. Relator: João Batista Brito Pereira. Sessão de 03/05/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 04 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-002219-28.2013.5.02.0073. 1ª Turma. Relator: Hugo Carlos Scheuermann. Sessão de 14/06/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 16 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-002231-66.2014.5.10.0014. 1ª Turma. Relator: Hugo Carlos Scheuermann. Sessão de 14/06/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 16 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR-010082-54.2016.5.03.0153. 5ª Turma. Relator: Caputo Bastos. Sessão de 03/05/2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 04 mai. 2017

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das Leis do Trabalho*. 32. ed. Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Terceirização no setor público: encontros e desencontros*. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em*

homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 59-82.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Antônio França da. *Aspectos Gerais sobre o Fiscal de Contratos Públicos*. Brasília: Revista do Tribunal de Contas da União, v. 127, p. 58-71, mai./ago. 2013. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojsp/index.php/RTCU/issue/download/3/10>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Terceirização municipal em face da Lei de Responsabilidade Fiscal*. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 83-100.

DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Terceirização de tudo, para todos. E agora?*, abr. 2017. Disponível em <<https://www.anamatra.org.br/artigos/25260-terceirizacao-de-tudo-para-todos-e-agora>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

FORTINI, Cristiana; DA PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria. *As terceirizações e as contratações temporárias realizadas pela Administração Pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF*. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 11-35.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 4 ed. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, volume III: Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Lei da terceirização não é clara quanto à permissão para atividade-fim*, abr. 2017. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

GIRARDI, Dante. *O impacto da Terceirização nas Organizações: Evolução histórica e tendências*. Florianópolis: Ed. Pandion, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Triunais, 1987.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às súmulas do TST*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

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

STF. Pleno - Adiado julgamento sobre responsabilidade por inadimplemento de empresa terceirizada (2/2). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9I_Q9jmCeXI>. Acesso em: 06 jun. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Terceirização*: Plenário define limites da responsabilidade da administração pública, mar. 2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, 1: Lei de introdução e parte geral*. 6. ed. São Paulo: Método, 2010.

_____. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Nova lei impede terceirização permanente da atividade-fim*, abr. 2017. Disponível em <<https://www.anamatra.org.br/artigos/25167-nova-lei-impede-terceirizacao-permanente-da-atividade-fim>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

TOURINHO, Rita. *A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contratado: a legalidade frente ao ideal de justiça*. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 101-122.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015

VIEIRA, Virginia Kirchmeyer; FORTINI, Cristiana. *A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto nº 2.271/97, a Instrução Normativa nº 02/08 e suas alterações, a ADC nº 16 e a nova Súmula nº 331 do TST*. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 37-57.