

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL

Faculdade de Direito de Alagoas – FDA

POLYANA DRYELLE SOARES DA SILVA

**A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO TERCEIRIZADO NO SETOR PÚBLICO
EM FACE DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA E SEUS REFLEXOS PARA O TRABALHADOR**

Maceió

2024

POLYANA DRYELLE SOARES DA SILVA

**A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO TERCEIRIZADO NO SETOR PÚBLICO
EM FACE DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA E SEUS REFLEXOS PARA O TRABALHADOR**

Monografia de conclusão de curso, apresentada
à Faculdade de Direito de Alagoas
(FDA/UFAL) como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jasiel Ivo

Maceió

2024

**Catalogação na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico**

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

S586p	Silva, Polyana Dryelle Soares da. A precarização do trabalho terceirizado no setor público em face da responsabilidade subsidiária da administração pública e seus reflexos para o trabalhador / Polyana Dryelle Soares da Silva. – 2024. 61 f.
	Orientador: Jasiel Ivo. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2024.
	Bibliografia: f. 59-61.
	1. Terceirização. 2. Administração pública. 3. Responsabilidade subsidiária. 4. Precarização do trabalho. 5. Reforma trabalhista. I. Título.

CDU: 349.2:35

POLYANA DRYELLE SOARES DA SILVA

**A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO TERCEIRIZADO NO SETOR PÚBLICO
EM FACE DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA E SEUS REFLEXOS PARA O TRABALHADOR**

Trabalho de Conclusão de Curso, submetido à banca examinadora do curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, e aprovada em 01 de março de 2024.

Prof. Dr. Jasiel Ivo (Orientador)

Banca Examinadora:

(Prof. Mestre Flávio Luiz da Costa - Examinador)

(Profa. Mestra Elita Isabella Morais Dorvillé de Araújo - Examinadora)

Maceió

2024

Dedico esse trabalho à minha mãe, cujo apoio incondicional me deu forças para seguir em frente. Sem ela, nada disso teria sido possível. Obrigada por ter fé em mim e orgulho da minha trajetória.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho foi fruto dos esforços de 05 anos de graduação, nos quais contei com o apoio de pessoas importantes, cada um na sua medida, para o resultado apresentado:

Em primeiro e sempre à minha mãe, que fincou os pés no chão para que eu tivesse a oportunidade de voar, e sempre ter para onde voltar. Que me ensinou a ser persistente e fez tudo que estava ao seu alcance para que eu concluisse essa graduação. A ela devo a minha essência, a minha personalidade, as minhas feições e todo o meu amor.

Às minhas tias, Aretuze e Marluce, que foram minhas segundas mães, e cujos ensinamentos ao longo da vida me moldaram e guiaram. Obrigada por estarem presentes para mim e me apoiarem a todo momento.

Aos meus avós, Moisés, Maria e Gileusa, que com seu amor imensurável, me fizeram crescer em um ambiente de acolhimento e incentivo, essencial para a formação de quem sou.

Aos meus tios e tias: Meire, Ana, Moisés, Marciel, Márcio, Mauricio, Marcos e Marcelo. Cujo apoio incondicional eu pude contar sempre.

Ao meu irmão Lucas, que me inspirou a vida inteira a sempre me esforçar ao máximo e atingir o melhor resultado, sempre sendo uma fonte de inspiração na qual me espelhei.

Aos meus amigos e parceiros de graduação, Maria Eduarda, Yuri, Carlos Eduardo, Chrystopher e todos os outros, sem os quais eu não teria conseguido concluir esse curso.

Ao meu namorado, que nunca duvidou de mim e sempre me apoiou em todas as etapas, sendo o meu porto seguro nos momentos de crise, e o meu ponto de felicidade nos momentos de alegria. Você chegou no momento certo.

Ao meu padrasto, Enaldo, que me acolheu como sua filha e me apoiou durante esta jornada. E à Markus, cujo apoio pude contar durante grande parte da minha vida.

Ao meu pai, Paulo, e a minha Tia, Josenilda, que levo comigo dentro do coração.

A todos os professores do curso da Faculdade de Direito de Alagoas, em especial ao Prof Jasiel Ivo, que através de seus ensinamentos, passaram para mim o amor ao direito e me permitiram estar concluindo este trabalho.

São a todos eles que agradeço a conclusão dessa fase tão essencial da minha vida.

RESUMO

O presente trabalho monográfico de conclusão de curso possui como objetivo geral compreender como a responsabilidade subsidiária do Estado atua como agente precarizador do trabalho terceirizado, assim como, avaliar como as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal afetaram o tema, ao definir a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, bem como, ao fixar a tese no RE 760.931 de que o inadimplemento da empresa prestadora de serviços dos encargos trabalhistas não transfere automaticamente a responsabilidade ao Poder Público. Para tanto iniciar-se-á com uma análise da evolução legislativa e jurídica da terceirização no Brasil, partindo para a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal relevantes para a pesquisa e avaliando os seus impactos na realidade do trabalho terceirizado no Brasil. Concluindo com as consequências fáticas e jurídicas ocasionadas pelas decisões do STF, com a decisão de responsabilizar a Administração Pública somente quando comprovada sua culpa.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Responsabilidade Subsidiária. Precarização. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

The present monographic work, as a conclusion to the course, aims to understand how the subsidiary liability of the State acts as a precarizing agent in outsourced labor. It also seeks to evaluate how recent decisions of the Supreme Federal Court have impacted the subject by determining the constitutionality of Article 71, §1 of Law 8,666/93, as well as establishing the thesis in RE 760,931 that the default of the service provider in labor obligations does not automatically transfer responsibility to the Public Power. To achieve this, we will begin with an analysis of the legislative and legal evolution of outsourcing in Brazil, followed by an examination of relevant Supreme Federal Court decisions for the research and an assessment of their impacts on the reality of outsourced labor in Brazil. The conclusion will address the factual and legal consequences resulting from the Supreme Federal Court's decisions, particularly in holding the Public Administration responsible only when its fault is proven.

Keywords: Outsourcing. Public Administration. Subsidiary Liability. Precarization. Labor reform.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade.

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

RCL – Reclamação.

RE – Recurso Extraordinário.

RR – Recurso de Revista.

STF – Supremo Tribunal Federal.

TST – Tribunal Superior do Trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL	11
2 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	26
2.1 Do entendimento construído pelo Supremo Tribunal Federal e da prevalência da tese da responsabilidade subsidiária subjetiva na ADC n.º 16	29
2.1.1 Dos conceitos de culpa <i>in vigilando</i> e culpa <i>in eligendo</i>.....	34
2.2 Da revisitação ao tema da responsabilidade da Administração Pública na Repercussão Geral n.º 246	36
2.2.1 Dos fundamentos extrajurídicos do Repercussão Geral 246 e de suas imediatas consequências.....	39
2.3 Da inadequação dos entendimentos da ADPF 324 e do RE 958.252 à Administração Pública e do direito constitucional ao concurso público	41
3 A TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO E A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO NA PERSPECTIVA DO TRABALHADOR	44
3.1 Aspectos negativos da terceirização no setor público para o trabalhador.....	45
3.2 O ônus da prova como instituto impeditivo da responsabilização do Estado e a pendência da Repercussão Geral nº 1.118.....	51
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

No Brasil, no início da década de 1990, com a restruturação produtiva, a globalização e as políticas neoliberais, a terceirização se reinseriu no cenário brasileiro. A partir desse momento houve um crescimento exponencial do uso desse tipo de organização laboral, especialmente no setor público e os estudos feitos acerca do tema demonstram a precarização do trabalho desse tipo de organização laboral.

Este fenômeno suscita debates acalorados sobre a responsabilidade subsidiária da administração pública e seus impactos diretos sobre os trabalhadores. A terceirização, uma prática cada vez mais comum na gestão de serviços públicos, tem levantado questionamentos éticos, jurídicos e socioeconômicos acerca da proteção dos direitos trabalhistas e da dignidade dos trabalhadores.

Em relação à Administração Pública, quando confrontada com os princípios constitucionais, o uso de mão de obra terceirizada, revela potenciais violações, especialmente no que diz respeito à dignidade da pessoa humana¹ e aos direitos sociais dos trabalhadores². A Carta Maior estabelece, como fundamento da República Federativa do Brasil, a valorização do trabalho humano, o que, por extensão, implica em condições laborais dignas e justas.

Além disso, o princípio da isonomia (art. 5º, CF) é desafiado quando se observa disparidades nas condições de trabalho entre servidores públicos contratados diretamente e aqueles vinculados a empresas terceirizadas. A garantia da igualdade perante a lei é essencial para a preservação dos fundamentos democráticos, e a precarização do trabalho terceirizado pode comprometer essa premissa constitucional.

Nesse sentido, é fundamental uma análise aprofundada desse tópico, pois a construção de políticas públicas e práticas laborais que estejam em consonância com os princípios fundamentais da Constituição Federal se faz imperativa. Isso implica na necessidade não apenas examinar a legalidade da terceirização, mas também considerar seus efeitos sociais, econômicos e, principalmente, sua conformidade com os preceitos constitucionais que orientam a estruturação do Estado brasileiro.

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

² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Dessa forma, o presente trabalho monográfico tem o intuito de analisar a terceirização no Brasil e a forma como ela está sendo inserida cada vez mais profundamente na Administração Pública, por incentivo do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Nesse mesmo sentido, o trabalho também pretende analisar os impactos da Reforma Trabalhista de 2017 e as alterações legislativas e jurisprudenciais ao longo dos anos, bem como as recentes decisões do STF que redefiniram as regras no que tange à responsabilidade do Estado acerca dos encargos trabalhistas, e como o uso de mão de obra terceirizada precariza e suprime no setor público certos direitos trabalhistas preconizados na Constituição Federal.

Para isso, fez-se necessária a análise jurisprudencial e doutrinária do tema, examinando de que forma a responsabilidade subsidiária da Administração Pública influencia as condições laborais e os direitos dos trabalhadores. Para tanto, serão analisados tanto os aspectos legais quanto os impactos concretos dessa prática, visando contribuir para um entendimento mais amplo sobre este tema crucial no contexto contemporâneo.

O presente trabalho está divido em três capítulos principais, além dessa introdução: a evolução da terceirização no Brasil; a responsabilidade da administração pública; a terceirização no setor público e a responsabilidade subjetiva da administração na perspectiva do trabalhador; e por fim, as conclusões.

1 EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Ao longo do tempo, as formas de trabalho foram se moldando às formas de produção, que, por sua vez, vão se ajustando ao longo do processo de desenvolvimento do capitalismo, conforme foram se assentando as disputas entre o capital e o trabalho. É ao longo desse processo que se comprehende os diferentes padrões de organização do trabalho, como o Fordismo, o Taylorismo e o Toyotismo, sendo neste último que se insere a terceirização. Esses novos padrões se espalharam nos mais diversos setores, se adequando a cada um deles na medida necessária, conforme explica Druck³:

Os novos padrões de organização do trabalho, com a adoção do toyotismo – que tem nas redes de subcontratação uma das principais práticas do modelo japonês, especialmente adotadas pelas empresas do setor industrial –, se disseminaram para os demais setores e atividades da economia, adaptando-se às especificidades de cada um.

A terceirização vem como uma conjunção de controle e disciplinamento dos empregados por parte dos empregadores, que os tornam mais individuais, facilitando a exploração por meio da diminuição do salário, da extensão das jornadas de trabalho, da supressão de direitos, do esvaziamento dos sindicatos e da redução dos benefícios anteriormente adquiridos por estes trabalhadores. A utilização de mão de obra terceirizada, enquanto tática empresarial, se manifesta através da exploração do trabalho assalariado e divisão da classe operária, por meio da interposição de terceiros na relação de emprego.

No Brasil, nas décadas de 1980 e 1990, o capital financeiro internacional tornou-se predominante, sendo cada vez mais restrito aos países avançados o conhecimento tecnológico, enquanto os países periféricos se limitaram à produção de itens com baixo valor agregado. Tal situação gerou uma agressiva concorrência entre as empresas, conforme explica Biavaschi⁴:

Em decorrência, em regra, seus parques produtivos industriais desestruturaram-se diante de agressiva concorrência e suas empresas submeteram-se às diretrizes mundiais de gestão, adotando processos de reorganização e de redução de custos.

³ DRUCK, Graça; SENA, Jeovana; PINTO, Marina Morena; ARAÚJO, Sânia. **A Terceirização no serviço público: particularidades e implicações**. In: CAMPOS, André Gambier. Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate. Brasília: Ipea, 2018.

⁴ BIAVASCHI, M. B.; DROPPA, A.; TEIXEIRA, M. O. **A terceirização no contexto da reforma trabalhista: conceito amplo e possibilidades metodológicas**. In: Caderno CRH, [S. l.], v. 34, p. e021030, 2021. DOI: 10.9771/ccrh.v34i0.45060. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/crh/article/view/45060>. Acesso em: 06 dez. 2023.

O amplo processo de reestruturação do capital forjou seus espaços, impactando no trabalho e na organização dos trabalhadores.

A referida reestruturação trouxe à tona discussões acerca da mão de obra e de seus custos, servindo de base para argumentos de que a política salarial não seria compatível com a retomada da atividade econômica e da geração de emprego.

Para Oliveira⁵, a partir de 1990, o Brasil passou por um processo de transformações em sua base produtiva, marcado por intensa racionalização flexibilização no modo de produção do trabalho, segundo explica, tais transformações trouxeram consigo a diminuição do potencial do trabalho disponível no mercado, cedendo lugar à informalidade e a consequente supressão de direitos trabalhistas.

Nesse contexto de grandes transformações e instabilidades, a busca de maior flexibilidade foi estratégia decisiva para reduzir custos e riscos⁶, fazendo crescer a terceirização. Sempre tida como uma forma de modernização, na realidade se apresenta como uma forma de esvaziamento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, que quando comparados com os trabalhadores contratados diretamente apresentam uma desigualdade brutal, com condições de trabalho mais precárias e ganhos menores, além do prejuízo à organização sindical.

Em síntese, a terceirização é uma estratégia das empresas para reduzir custos, partilhar riscos e aumentar a flexibilidade organizacional⁷. No Brasil, a regulamentação da terceirização percorreu um caminho árduo, que envolveu diversas decisões judiciais e legislativas ao longo dos anos. É possível afirmar que a terceirização possui como marco legal na Administração Pública o Decreto-Lei nº 200/1967, que em seu artigo 10, §7º dispunha:

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

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa

⁵ OLIVEIRA, Elisângela Magela. **Transformações no mundo do trabalho, da revolução industrial aos nossos dias**. Caminhos de Geografia 6(11)84-96, Fev/2004.

⁶ BIAVASCHI, Magda Barros. **A terceirização e a dinâmica da Construção da Súmula 331 do TST**. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. Resistência: o direito do trabalho diz não à terceirização. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2019. p. 80.

⁷ *Op. Cit.*

privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.⁸

No setor privado, esse marco se deu por força da Lei n° 6.019/74, intitulada de “Lei do Trabalho Temporário”, que trouxe em seu art. 4º a possibilidade da empresa de exercer atividade que consistia em “colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerado e assistidos”⁹.

Assim nasceu a possibilidade de uma empresa de contratar uma outra para ser inteiramente responsável pelos trabalhadores e suas remunerações, não se incumbindo a primeira de qualquer ônus. Tal dispositivo legal também introduziu, em seu art. 16, o instituto da responsabilidade solidária, porém com efeitos somente em caso de falência da empresa contratada¹⁰.

Em 1983 foi promulgada a lei 7.102/83, que regulamentava a terceirização da mão de obra no setor da vigilância, restrita às instituições financeiras, que mais tarde foi editada pela lei 8.863/94, que ampliou as possibilidades de terceirização da vigilância para outras áreas.

A terceirização se apresentou como uma proposta com viabilidade e atratividade econômica para o empresariado brasileiro, que se viu diante da oportunidade de ter acesso à mão de obra especializada, mais barata e sem encargos trabalhistas. Assim, muitas empresas atraídas pela terceirização passaram a delegar serviços em hipóteses não previstas em lei, fazendo com que as denúncias chegassem ao judiciário em número cada vez mais significativo, razão pela qual, em 22 de setembro 1986, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 256 que coibiu a terceirização de qualquer serviço que não fosse aquele expressamente autorizado pela legislação:

Súmula n° 256 do TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n°s 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação

⁸ BRASIL. Decreto Lei n° 200, de 25 de fevereiro de 1967. Brasília, 1967.

⁹ Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

¹⁰ Art. 16º - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.¹¹

A decisão do TST minou os planos das grandes empresas, que viram arrancadas de si a melhor estratégia de redução de custos e geração de lucro já apresentada. Entretanto, no início dos anos 1990, as pressões para a flexibilização das normas de proteção social ao trabalho se intensificaram, trazendo força para o movimento pela terceirização. Tal pressão se deu de forma tão ferrenha que acabou impactando a jurisprudência. Assim, em 1993 a Súmula 256 do TST foi cancelada, dando lugar a Súmula 331 do TST, que consolidou um novo entendimento, com a seguinte redação:

Súmula n. 331 do TST CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (revisão da Súmula n. 256) - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário. (Lei n. 6.019, de 3.1.1974). II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional. (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.1983), 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 este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.¹²

Assim, por força da Súmula nº 331, a terceirização recebe um certo tipo de regulamentação, que foi totalmente insuficiente, mas que limitou a prática somente às atividades-meio. Surge, então, uma zona cinzenta, pois não houve uma definição precisa do que seria e do que não seria atividade-meio. Conforme explica Souto Maior¹³, a falta de vinculação da terceirização a uma determinada especialização, deixou em aberto a definição da atividade-meio da empresa:

¹¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 256**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 1986. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html. Acesso em: 08 dez. 2023.

¹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 1993. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 08 dez. 2023.

¹³ SOUTO MAIOR, Jorge Souto. **Enunciado 331, do TST: ame-o, ou deixe-o!** 2002. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/enunciado_331_do_tst_ame-o_ou_deixe-o.pdf. Acesso em: 08 dez. 2023.

para diferenciar a terceirização lícita da ilícita, partiu-se de um pressuposto muitas vezes não demonstrável, qual seja a diferença entre atividade-fim e atividade-meio. É plenamente inseguro tentar definir o que vem a ser uma e outra. O serviço de limpeza, por exemplo, normalmente apontado como atividade-meio, em se tratando de um hospital, seria realmente uma atividade-meio?

Outro aspecto apontado pelo mesmo autor acerca da Súmula nº 331 do TST é que o enunciado foi fixado totalmente em benefício do empresariado, levando a terceirização a ser uma técnica de precarização do trabalho. Ao transferir os encargos trabalhistas para outra empresa e se beneficiando da mão de obra mais barata, o empresário se exime da responsabilidade acerca dos empregados:

não sendo os trabalhadores mais empregados da empresa tomadora e sim de outra empresa, a prestadora dos serviços, a fixação de salários e respeito a normas coletivas saem do âmbito de obrigações da empresa tomadora, transferindo-os à prestadora, que não se encaixando no padrão do direito coletivo sequer possuía normas coletivas.¹⁴

Ainda no ano de 1993, a Lei de Licitações e Contratos – Lei 8.666/93 – previu, em seu art. 71, que o contratado é o responsável pelos encargos trabalhistas, retirando da Administração Pública tal responsabilidade:

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.¹⁵

Em 1995 o parágrafo 1º do supracitado artigo sofreu uma pequena alteração dada pela Lei nº 9.032/95¹⁶, passando a ter a seguinte redação:

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

Mesmo não se tratando de uma lei que regulasse diretamente uma relação de trabalho, a Lei de Licitações foi utilizada como permissivo legal para a utilização da mão

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 11 dez. 2023.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995. Brasília, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9032.htm. Acesso em: 11 dez. 2023.

de obra terceirizada na Administração Pública, conforme destacou Valdete Souto Severo¹⁷:

A vontade de permitir a terceirização também fez com que uma lei de 1993 sobre licitações passasse a ser utilizada como fundamento não apenas para autorizar o repasse de força de trabalho, mas também para justificar a ausência de responsabilidade do ente público. A Lei de Licitações (Lei 8.666/93) não se refere à terceirização. Trata de estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos “pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”

Em 1995, com o início do Governo de Fernando Henrique Cardoso, a privatização e a terceirização ganharam destaque central, momento em que se criou uma distinção entre as atividades principais e as atividades auxiliares. Mas foi em 1997, em razão da Reforma Administrativa – PEC nº 41/1997¹⁸ –, que gerou a Emenda Constitucional nº 19 de 1998¹⁹, que a utilização do trabalho terceirizado adentrou ainda mais profundamente na Administração Pública.

Por força do Decreto nº 2.271/1997 o Estado dispôs quais atividades poderiam ser objeto de terceirização pelo setor público, fazendo a distinção das atividades acessórias, instrumentais ou complementares, que poderiam ser terceirizadas e das atividades principais, que não podem ser terceirizadas, salvo expressa disposição legal²⁰:

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

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

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade,

¹⁷ SEVERO, Valdete Souto. **A perversidade da terceirização em serviços públicos**. Revista da Escola Judicial do TRT4, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 185-219, jul./dez. 2019.

¹⁸ BRASIL. Assembleia Legislativa. **Proposta de Emenda à Constituição PEC nº 41/1997**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas, e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/18597>. Acesso em: 11 dez. 2023.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1998). **Emenda Constitucional nº 19**, de 04 de junho de 1998. Brasília, 1998. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:emenda.constitucional:1998-06-04;19>. Acesso em: 11 dez. 2023.

²⁰ BRASIL. **Decreto nº 2.271**, de 07 de julho de 1997. Brasília. 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm. Acesso em: 11 dez. 2023.

salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

O disposto no Decreto acima, foi uma tentativa de reproduzir o que estabeleceu a Súmula nº 331 do TST, diferenciando as atividades-meio e atividades-fim e vedando a terceirização nesta última, em seguimento aos postulados constitucionais.

Nessa mesma época, com o advento da Lei 9.637/1998²¹, que estabelece a subcontratação pelo Poder Executivo, de OSs, e da Lei de responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101²² –, a terceirização de atividades não acessórias foi incentivada e legalizada no serviço público.

Em razão deste avanço da terceirização no serviço público, o TST revisitou a Súmula nº 331, e, através da Resolução n. 96 de 11 de setembro de 2000²³, deu uma nova redação ao inciso IV, que dispunha sobre a responsabilidade subsidiária do ente público que terceiriza, assim como as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista:

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 n. 8.666, de 21.6.1993). (Brasil, 1993).

Tal redação decorreu do Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado no processo TST-IUJ-RR-297.751/96²⁴, sendo decisão unânime.

No setor privado, a insatisfação com a regulação do trabalho terceirizado continuava, mesmo após as alterações legislativas e decisões jurisprudenciais, o meio empresarial continuava empenhado em conseguir que lhe fosse possibilitado contratar mão de obra terceirizada sem restrições. Conforme discorre Biavaschi²⁵, foram

²¹ BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Brasília. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm. Acesso em: 11 dez. 2023.

²² BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Brasília. 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 11 dez. 2023.

²³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 96, de 11 de setembro de 2000. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, p. 258, 20 set. 2000. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/4294>. Acesso em: 11 dez. 2023.

²⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 297.751/96. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Brasília. 2011. Disponível em: <https://consultadocumento.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2007&numProcInt=50053&dtaPublicacaoStr=18/02/2011%2000:00:00>. Acesso em: 12 dez. 2023.

²⁵ BIAVASCHI, Magda Barros. A terceirização e a dinâmica da Construção da Súmula 331 do TST. In:

importantes as pressões dos setores mais conservadores da sociedade brasileira no sentido da eliminação dos obstáculos à terceirização que a Súmula 331 do TST representava.

Assim, em 2011, a Súmula 331 do TST passou por uma nova mudança em sua redação, pois em 24 de novembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16²⁶.

A ADC nº 16 foi proposta pelo então governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda, e declarou a constitucionalidade do já citado art. 71, §1º da Lei de Licitações e Contratos de 1993, que veda a transferência à administração da responsabilidade pelo pagamento, aos empregados terceirizados, das obrigações trabalhistas a que tem direito quando inadimplentes as essas empresas contratadas pelo poder público.

Apesar disso, o TST continuou responsabilizando os entes da Administração Pública diante do não pagamento das obrigações trabalhistas pelas empresas por eles contratadas, gerando diversa Reclamações ao STF. Assim, para se adequar à ADC nº 16, o TST alterou a Súmula 331, que passou a ter a seguinte redação:

Súmula no 331 do TST

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

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

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

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

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

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 nº 8.666, de

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. Resistência: o direito do trabalho diz não à terceirização. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 16**. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Brasília. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197916/false>. Acesso em: 12 dez. 2023.

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.²⁷

Nesse momento, restou estabelecido que a Administração Pública somente poderia ser responsabilizada em caso de haver sido comprovada a sua culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando* (institutos do Direito Civil), não decorrendo apenas da simples inadimplência da empresa contratada.

Com essa alteração, o Estado passou se eximir da sua responsabilidade sobre os trabalhadores contratados por terceirização, já que se tornou necessário que primeiro se mostrasse a sua ausência de fiscalização. Isso prejudicou o trabalhador terceirizado ao lhe expor a grande risco, já que é comum e frequente que empresas terceirizadas fechem e deixem desamparados seus empregados.

Entretanto, apesar da alteração na Súmula nº 331 do TST, em nada afetou a ilegalidade da terceirização das atividades-fim no setor privado, que continuou vigorando, fazendo com que os setores econômicos continuassem a fazer pressão para que a terceirização sem restrições fosse liberada, sob o argumento de que restringir a terceirização somente às atividades-meio iria de encontro aos princípios constitucionais da livre concorrência e livre contratação.

Com o passar dos anos, a pressão do setor privado pelo cancelamento da Súmula nº 331 foi se intensificando, fazendo com que o tema adentrasse mais profundamente no cenário jurídico e legislativo do Brasil. Com o Governo Temer foi iniciada uma série de reformas nos mais diversos setores, dentre elas, a Lei nº 13.467 que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017 e alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sendo denominada de “Reforma Trabalhista”.

Porém, antes da Reforma Trabalhista, outra alteração legislativa merece destaque, a da Lei nº 13.429, de março de 2017, que regulamenta os serviços terceirizados no Brasil e amplia o tempo de contratação de trabalhadores temporários.

²⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Brasília. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/?tipoJuris=SUM&orgao=TST&pesquisar=1#void>. Acesso em: 12 dez. 2023.

No que tange à terceirização, a referida lei acrescentou os artigos 4-A e 5-A à Lei do Trabalho Temporário (Lei 6.019/74):

Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

(...)

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.

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

§ 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.

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§ 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 1991.²⁸

Tais artigos somente reforçaram o entendimento já trazido pela Súmula nº 331 do TST, ainda não permitindo o trabalho terceirizado nas atividades-fim. E assim se seguiu a pressão já existente do setor empresarial para a liberação da terceirização de atividades-fim, até o advento da Reforma Trabalhista no final de 2017.

A Lei nº 13.467 alterou a CLT e outras leis que regem as relações de trabalho, na CLT foram incluídos 117 artigos, enquanto na Lei nº 6.019/1974 foram alterados os

²⁸ BRASIL. Lei nº 13.429, DE 31 DE MARÇO DE 2017. Brasília. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

artigos 4-A e 5-A, que já haviam sido recentemente incluídos pela Lei nº 13.429/2017. Com a nova alteração, os artigos passaram a ter a seguinte redação²⁹:

Art. 4o-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

[...]

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

Foi excluída do artigo a expressão “serviços determinados e específicos” e em seu lugar passou a constar “quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal”. Assim, a Reforma Trabalhista atendeu aos pedidos do empresariado e cedeu à pressão, liberando de vez, sem qualquer margem de dúvida e sem qualquer restrição, a terceirização em todas as atividades, privilegiando os interesses da classe dominante, enquanto os trabalhadores saíram prejudicados e com seus direitos suprimidos.

Por força da liberação do trabalho terceirizado em qualquer atividade, incluindo a atividade principal da empresa, houve um esvaziamento da noção legal de empregador “compreendida como aquele que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços, na definição legal do art. 2 da CLT”³⁰. Além disso, o conceito de categoria profissional foi completamente fragilizado, o que dificulta as atuações coletivas em prol da preservação dos direitos dos trabalhadores da categoria.

Além das mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista, o STF, como guardião da Constituição construiu jurisprudência a terceirização irrestrita quando da análise da ADPF 324 e do RE 958.252, quando fixou a tese nº 725:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.³¹

²⁹ BRASIL. **Lei nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017.** Brasília. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

³⁰ AHMAD ALLAN, Nasser; MARTINS, Antônio Vicente. **O enquadramento sindical de trabalhadores (as) na terceirização em atividade-fim.** In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. Resistência: o direito do trabalho diz não à terceirização. 1^a ed. São Paulo: Expressão Popular, 2019. p. 388.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema n.725.** Brasília. Supremo Tribunal Federal, [2018]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725>. Acesso em: 17 dez. 2023.

Sob o fundamento de que a terceirização possui amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, o STF privilegia, mais uma vez, os interesses do capital, deixando de lado o princípio que justifica a existência do Direito do Trabalho: a noção de proteção a quem trabalha³².

No âmbito da Administração Pública Federal, em 2018, houve uma nova regulamentação da prestação de serviços, o Decreto n. 9.507/2018, que revogou o Decreto n. 2.271/1997, e “dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”.

O novo decreto aumentou a possibilidade de execução indireta dos serviços, definindo o que pode e o que não pode ser terceirizado dentro da Administração Pública Federal, atribuindo regras mais flexíveis para as estatais e regras mais restritivas para a administração direta, autárquica e fundacional, conforme se pode observar nos art. 3º e 4º do Decreto:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

³² Valdete Souto Severo, *Op. Cit.*

- I - caráter temporário do serviço;
 - II - incremento temporário do volume de serviços;
 - III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou
 - IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.
- § 1º As situações de exceção a que se referem os incisos I e II do caput poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.
- § 2º Os empregados da contratada com atribuições semelhantes ou não com as atribuições da contratante atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados.

§ 3º Não se aplica a vedação do caput quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção.

§ 4º O Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União estabelecerá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços.³³

A peculiaridade do art. 3º encontra-se em seu parágrafo 1º, que coloca um certo freio na terceirização no serviço público federal, ao aduzir que mesmo naqueles serviços acessórios e auxiliares, nos quais é permitida a execução indireta, a quem cabe a decisão final é à Administração Pública.

Já no que tange às empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, o art. 4º impõe uma vedação extremamente branda, coibindo à execução indireta dos serviços somente nos casos de atividades que coincidam com as atribuições de seus cargos, podendo tal vedação ser afastada com base nos princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade, conforme se comprehende do *caput*.

O Decreto em questão ofende diretamente a Norma Constitucional, que dispõe em seu art. 37, II que “a investida em cargo ou emprego público depende de aprovação previa em concurso público de provas ou de provas e títulos”³⁴, e ao dar abertura à contratação de empregados para a realização de serviços que deveriam ser executados por servidores

³³ BRASIL. Decreto Nº 9.507, de 21 de setembro de 2018. Brasília. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9507.htm. Acesso em: 17 dez. 2023.

³⁴ BRASIL. Constituição Federal (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucional.htm. Acesso em: 17 dez. 2023.

admitidos por concursos, percebe-se um esvaziamento da Constituição e uma distorção do sistema por ela estabelecido.

A noção de perpetuação da utilização de mão de obra terceirizada na Administração Pública sem a sua responsabilidade acerca dos encargos trabalhistas continuou ativa. Em 2021, com a nova de Lei de Licitações – Lei nº 14.133/21 – ficou determinado que a empresa contratada será a responsável pelos encargos resultantes da execução do contrato, dentre eles de natureza trabalhista, e seu inadimplemento não transferirá a responsabilidade para a Administração Pública, nos termos do o 121 §1^a da referida lei³⁵:

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

Como forma de fiscalização, a lei prevê, que nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, deverão ser apresentados pelo contratado, quando requisitado pela Administração Pública, sob pena de multa, comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e da quitação com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato³⁶.

³⁵BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Brasília. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 17 dez. 2023.

³⁶ Art. 50. Nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o contratado deverá apresentar, quando solicitado pela Administração, sob pena de multa, comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, em especial quanto ao:

I - registro de ponto;

II - recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;

III - comprovante de depósito do FGTS;

IV - recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional;

V - recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato;

VI - recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva.

Já no art. 169, a Lei nº 14.133 prevê práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo sobre as contratações públicas:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

É perceptível nas atualizações da nova Lei de Licitações que concernem à terceirização no serviço público, assim como no tocante à sua responsabilidade, que o legislador tratou de preencher as lacunas quanto à fiscalização do ente público. Com a discussão no STF acerca do ônus da prova da culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando* do Estado, o que se percebe é a tentativa de estabelecer as medidas fiscalizatórias que devem ser tomadas para que o ente não seja culpabilizado.

Diante de todo o exposto, não é difícil perceber que o crescimento da terceirização se deu em total detimento dos direitos dos trabalhadores, se tratando de uma medida adotada para flexibilizar os contratos de trabalho às custas da precarização daqueles contratos. Frente ao cenário atual, no qual a terceirização é legalizada e incentivada, é necessário entender a postura da Administração Pública e como sua atuação afeta a classe trabalhadora.

2 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com fundamento no dever da eficiência, pautado no art. 37, *caput* da Constituição Federal³⁷, a Administração faz uso da terceirização de forma a prestar os serviços públicos e alcançar a redução dos gastos orçamentários. Embora os trabalhadores terceirizados atenda a finalidade da Administração, com ela não possuem qualquer vínculo, não estando o Estado com eles obrigados, pois o art. 71º, §1º da Lei 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, exime o Estado, enquanto tomador de serviço, de qualquer encargo trabalhista que possa surgir.

A relação de terceirização no serviço público, assim como no setor privado, possui três polos, sendo neste caso: a Administração Pública, a empresa prestadora e o trabalhador terceirizado. O Estado contrata a empresa para prestar o serviço, a empresa contrata o trabalhador que, por fim, presta o serviço no ente estatal³⁸. Nas palavras da Ministra Rosa Weber³⁹:

A terceirização já contém em si o estigma de vínculo precário sob diferentes ângulos – essencialidade, pessoalidade, subordinação. O empregado desenvolve atividade que, em tese, não é a principal do tomador de serviços; o tomador de serviços, em tese, não sabe quem é o terceirizado; o terceirizado, em tese, não está subordinado ao tomador de serviços.

Nessa situação, havendo o inadimplemento da empresa prestadora, podem surgir três cenários diferentes. No primeiro deles, pode o Estado ser responsabilizado diretamente, pois, ao fazer uso da mão de obra, se beneficiou do trabalho terceirizado, cabendo arcar com seus custos, sob risco de esvaziar os direitos do trabalhador, conforme explica Paulo de Carvalho⁴⁰:

(...) o empregado adimpliu a obrigação pela qual foi contratado, a Administração Pública se beneficiou do trabalho terceirizado, não pode o trabalhador, a parte mais fraca desta relação trilateral, ficar de mãos abanando, no caso da empresa escolhida pelo Estado sonegar seus direitos fundamentais sociais, exigindo-se a responsabilidade, quer solidária, quer subsidiária da Administração Pública.

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

³⁸ YAMAMOTO, Paulo de Carvalho. **O impeto do STF de legislar contra a Constituição: o insólito caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.** In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. Resistência: o direito do trabalho diz não à terceirização. 1^a ed. São Paulo: Expressão Popular, 2019. p. 218.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **RE 760.931.** Relator(a): Min. Rosa Weber. Brasília. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373217/false>. Acesso em: 17 dez. 2023.

⁴⁰ Paulo de Carvalho Yamamoto, *Op. Cit.*

Ou seja, nesta primeira hipótese o dever do Estado para com o empregado terceirizado, quer solidariamente com a empresa contratada, quer subsidiariamente em relação a esta, independeria de culpa da Administração, sendo decorrente exclusivamente da assunção de riscos que vem com qualquer contratação considerando, como já mencionado, que a Administração busca os ganhos e as vantagens da terceirização importando em assumir, também, os ônus e os riscos decorrentes deste tipo de avença administrativa.

Por outro lado, na segunda hipótese, alternativamente, a responsabilidade do Estado se extinguiria no momento da quitação de suas obrigações com a empresa contratada, havendo pago efetivamente pelo serviço por esta prestado, não haveria de ter ingerência, e consequentemente responsabilidade, pelos contratados realizados por esta empresa com seus respectivos prestadores de serviços, entre eles os trabalhadores terceirizados.

Tal lógica, portanto, deriva da compreensão de que o Estado adimpliu com suas obrigações contratuais, tendo sido a empresa contratada que dera causa aos danos aos seus trabalhadores, não havendo, nesse sentido, ato lesivo da administração, não lhe interessando, consequentemente, a relação entre esta empresa contratada e o trabalhador, visto que justamente a guisa de não suportar os ônus e óbices da gestão desses empregados ou dos encargos advindos de sua contratação, que a terceirização foi o meio escolhido para a execução do serviço. Assim, cumprido o contrato pelo Estado, seria este extinto em relação a si, não sendo mais responsável pelos débitos dele decorrentes, mormente os encargos trabalhistas advindos da prestação de serviço, bem como outros débitos, previstos ou não, oriundos de tal relação de emprego.

Por fim, a última hipótese seria uma espécie de meio termo entre as duas primeiras apresentadas, segundo a qual, de fato, não há como responsabilizar a Administração Pública pela inadimplência da empresa prestadora do serviço, uma vez que, como já dito, “a obrigação contratual do Estado fora cumprida – o adimplemento em pecúnia do contrato administrativo com a empresa”⁴¹, entretanto, como do contrato decorrem outras obrigações, que aquele que contrata deve observar, subsistiria responsabilidade administrativa, uma vez que possui o dever de selecionar, por concorrência licitatória, o

⁴¹Paulo de Carvalho Yamamoto, *Op. Cit.*, p. 219.

melhor e mais apto dentre os prestadores de serviço disponíveis no mercado, qualidades entre as quais está inserta a boa gestão de suas obrigações trabalhistas.

Desta forma, vê-se que haveria situações nas quais a irresponsabilidade, ou falta de fiscalização, zelo e expertise no momento da escolha da empresa contratada, bem como durante a execução do contrato, por parte da Administração Pública, afetaria diretamente os trabalhadores por aquela contratados, criando liame e nexo causal entre ato ou omissão da administração e a lesão a direito dos empregados terceirizados, caracterizando a sua culpa, ainda que apenas de forma subsidiária:

(...) em casos em que o inadimplemento se dá por culpa da Administração Pública em escolher a empresa terceirizada ou em vigiar a atividade pela qual está sendo beneficiado com o trabalho do empregado terceirizado, a Administração Pública responderia subsidiariamente à inadimplência do contratado.⁴²

Nesse sentido, a subsidiariedade detém o significado jurídico de “devedor secundário”, que viria em reforço do primeiro ou que o substituiria, em caso de impossibilidade, dificuldade ou mesmo, em certos casos, objeção ao cumprimento da obrigação. Assim, o Estado restaria como figura de segundo plano, que somente seria chamado ao adimplemento dos direitos daqueles terceirizados em caso de falta do prestador, com quem estes possuem vínculo contratual, de fato. Para tanto, porém, deverá ser demonstrada a efetiva ingerência administrativa no cumprimento da obrigação trabalhista, quer por seu dever de zelar por esta no momento da escolha da prestadora de serviço, quer no momento de fiscalizar a efetiva prestação. Conclui-se, então, que o Estado somente terá imposta sobre si a responsabilidade caso seja comprovada a sua culpa por vício de escolha ou falta de fiscalização, juridicamente referidas como culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, respectivamente.

Das três hipóteses acima apresentadas, no entender da autoria deste artigo, a que mais apresentaria compatibilidade com os princípios inscritos na Constituição Federal de 1988, seria a primeira, em que há a responsabilidade direta e solidária, e de caráter objetivo – ou seja, independentemente de culpa – do Estado. Entretanto, é a terceira hipótese aquela atualmente adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, em razão de adequação ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal para a questão.

⁴² Paulo de Carvalho Yamamoto, *Op. Cit.*, p. 219.

2.1 Do entendimento construído pelo Supremo Tribunal Federal e da prevalência da tese da responsabilidade subsidiária subjetiva na ADC n.º 16

Recentemente a transferência de tarefas típicas do setor público para o setor privado, fenômeno que se opera no Brasil desde o início dos anos 1990, experimentou notável crescimento nas últimas décadas, com projetos que visam a desestatização, como privatizações, reformas e, especialmente, a terceirização; tendo havido, quando não a diminuição factual da máquina estatal, o deslocamento de sua atuação da efetiva prestação de serviço para a sua gerência e regulação⁴³. Nesse cenário, a terceirização, que se expandiu primeiro no setor privado, como um mecanismo de diminuição de custos e facilitação operacional, passou a ser adotada no setor público sob a mesma lógica de prestação mais eficiente de serviços com comprometimento menor do orçamento do Estado, que poderia ser focalizado em suas demais atividades⁴⁴:

4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”

Como já tratado no primeiro capítulo do presente trabalho muito embora a terceirização seja admitida na Administração Pública desde o Decreto-lei nº 200 de 1967⁴⁵, editado durante o Governo Castelo Branco, o primeiro presidente do regime militar, foi apenas com o advento da Lei de Licitações de 1993, aprovada durante o governo do presidente Fernando Collor, que o Estado foi expressamente eximido dos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada, obrigações que se somaram, na exclusão, da responsabilidade estatal aqueles de natureza fiscal e comercial.

Embora houvesse esta expressa exoneração legal, não se impediou o crescimento do litígio acerca da responsabilidade estatal, quando do aumento quase desenfreado da

⁴³ Ou, em outra perspectiva da mesma realidade, fazendo com que certas tarefas estatais sejam cada vez mais levadas a cabo por indivíduos que não guardam com o Poder Público um vínculo jurídico-administrativo, nem mesmo um vínculo funcional direto - CARLOS BASTIDE HORBACH - Professor Doutor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela UFRGS.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. RE 760.931. Acórdão. Relator(a): Min. Rosa Weber. Brasília. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373217/false>. Acesso em: 17 dez. 2023.

⁴⁵ Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

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

utilização da terceirização pela Administração Pública, em particular durante o decênio de prevalência da perspectiva neoliberal dos Governos Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso; sendo, paradoxalmente, no segundo mandato do presidente Lula da Silva, quando o Tribunal Superior do Trabalho, bem como outras cortes pelo país, questionavam frequentemente a constitucionalidade, diretamente ou não, das normas que preconizavam a irresponsabilidade estatal diante da terceirização, que foi ajuizada a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, cujo julgamento acarretou na consolidação da tese de absoluta restrição da responsabilidade administrativa, apenas admitida – e tão somente em caráter subsidiário – quando subjetivamente identificados vícios na escolha ou falta de fiscalização quanto à empresa contratada.

A referida ADC foi proposta em março de 2007 pelo então Governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda, integrante do partido Democratas, denominação adotada no mesmo ano pelo antigo Partido da Frente Liberal – PFL, de oposição ao governo federal, sob o argumento de que o TST negava vigência ao comando normativo, o §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, ao editar a Súmula nº 331, especificamente em seu inciso IV, fixando entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando a Administração Pública subsidiariamente, em caso de contratação interposta. Transcritos abaixo a norma defendida, bem como a súmula impugnada.

Lei de Licitações

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.

Súmula no 331 do TST

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

(...)

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.

A inclusão do processo em pauta se deu para uma sessão plenária de setembro de 2008, havendo o relator, Ministro César Peluso, encaminhado voto no sentido de

inadmitir a ADC sob o fundamento de ausência de frequente contestação constitucional da norma que se buscava defender; momento em que houve interpelação do Ministro Marco Aurélio Mello, egresso do próprio Tribunal Superior do Trabalho, quem defendeu a existência de reiterado afastamento da norma pela justiça laboral, tendo feito referência ao que chamou de “declaração branca de inconstitucionalidade da Lei de Licitações⁴⁶”. Diante da divergência instaurada houve pedido de vista do Ministro Menezes Direito.

Falecido o Ministro Menezes Direito antes de devolver os autos para julgamento, foi sucedido pelo Ministro Dias Toffoli, que se declarou impedido ante a sua atuação prévia como Advogado Geral da União, passando os autos à Ministra Carmen Lúcia, quem reincluiu o processo em pauta em novembro de 2010, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio, votando pela admissibilidade da ação declaratória.

Adentrando então no mérito, acerca da compatibilidade entre o art. 71, §1º da Lei 8.666/1993 e o art. 37, §6º da Constituição Federal⁴⁷, a Ministra Carmen Lúcia, asseverou que, para que haja a configuração da responsabilidade estatal, é necessário que o dano causado à terceiro – neste caso, o trabalhador terceirizado – tenha ocorrido em decorrência de ação ou omissão de agente público, o que não seria o caso do §1º do art. 71, pois “(...) o ‘dano’ considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não poderia jamais se caracterizar como agente público”⁴⁸. Dessa forma, em seu entendimento, não haveria ofensa ao princípio da responsabilidade do Estado, havendo, em verdade, a regulação da relação entre a Administração Pública e a empresa contratada.

Por outro lado, configurar-se-ia o nexo causal entre ato ou omissão administrativa e o dano ao trabalhador terceirizado quando demonstrada a negligência do Estado ao escolher ou fiscalizar, pois “(...) desde o processo licitatório, a entidade pública

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 16**. Voto. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Brasília. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197916/false>. Acesso em: 12 dez. 2023

⁴⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 16**. Voto. Relator: Min. CARMEN LUCIA. Brasília. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197916/false>. Acesso em: 12 dez. 2023.

contratante deve exigir o cumprimento das condições de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal) e fiscalizá-la na execução do contrato”⁴⁹, assim, não poderia a Administração Pública se eximir em tais casos, como que indiretamente anuindo, ou não se opondo, com o inadimplemento das obrigações trabalhistas dos entes por ela contratados; fundamento com o qual o voto apresentado defendeu a responsabilidade subsidiária como opção possível, mas longe de ser automática, devendo ser identificada subjetivamente em cada caso concreto:

Contudo, eventual descumprimento pela administração pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhista por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da administração pública por esse pagamento, pois não é capas de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Principalmente, se tanto ocorrer, isso não se insere no campo da inconstitucionalidade do dispositivo em causa.⁵⁰

Em síntese, por este entendimento, o comando do art. 71, §1º da Lei 8.666/1993 não eximiria a Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais, como o princípio da legalidade e da moralidade, mas não faz com que esta seja chamada diretamente para responder por obrigações trabalhistas devidas pelas empresas prestadoras.

Muito embora ainda tendo o relator defendido a carência da ação e a ausência de sua utilidade, entendendo pela sua inadmissão, posição que foi compartilhada pelo Ministro Ayres Britto, ambos optaram por acompanhar a maioria admitindo a ação, apenas ressalvando seus entendimentos pessoais.

No mérito propriamente dito restou vencido apenas o Ministro Ayres Britto, quem, votando solitariamente pela inconstitucionalidade do §1º do art. 71 da 8.666/93 e, consequentemente pela improcedência da ação, recobrou sua posição histórica em considerar inconstitucional a terceirização de serviços públicos, fazendo a ponderação que se a posição da corte suprema fora de ao longo das últimas décadas permitir a delegação a empresas privadas, deveria, como meio de mitigar potenciais danos a terceiros, especialmente os trabalhadores por estas contratados, deveria reconhecer a responsabilidade subsidiária com caráter objetivo⁵¹:

⁴⁹ *Op. Cit.*

⁵⁰ *Op. Cit.*

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 16**. Voto. Relator: Min. AYRES BRITTO. Brasília. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197916/false>. Acesso em: 12 dez. 2023

(...) a Constituição esgotou, exauriu as formas de recrutamento de mão de obra permanente para a Administração Pública. Ela exauriu. São três: concurso público; nomeação para cargo de comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, pronto. A Constituição não falou de terceirização. Eu defendo essa tese há muitos anos. A terceirização significa um recrutamento de mão de obra para a Administração Pública, finalisticamente é isso, é uma mão de obra que vai servir não à empresa contratada, à terceirizada, mas ao tomador do serviço que é a Administração. E é uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição. Então, se nós, durante esses anos todos, terminamos por aceitar a validade jurídica da terceirização, que pelo menos admitamos a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que é a beneficiária do serviço, da mão de obra recrutada por interposta pessoa.

Apesar da posição do Ministro Ayres Britto, este não foi acompanhado por nenhum dos presentes, e tendo adotado o relator, Ministro Cezar Peluso, a divergência do Ministro Marco Aurélio quanto à admissão da ação, e o voto de mérito da Ministra Carmen Lucia, a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 foi julgada procedente por ampla maioria, restando decidido que o §1º do art. 71 da Lei de Licitações de 1993 é constitucional, sendo estabelecido categoricamente que para que o Estado seja responsabilizado por qualquer encargo decorrente do contrato com empresa terceirizada, incluídos aqueles de natureza trabalhista, é necessária a comprovação, à luz dos fatos, das provas e das circunstâncias do caso concreto, da ocorrência de ato comissivo ou omissivo da Administração que caracterize culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando* em relação ao prestador, quer por falha de fiscalização do cumprimento das obrigações, quer por vício de escolha no processo concorrencial.

Apesar do julgamento procedente da ADC nº 16 não ter suplantado diretamente ou impedido a aplicação da Súmula nº 331 do TST, pois, como advertia o relator, a justiça do trabalho não declarava a inconstitucionalidade da norma, apenas atribuía-lhe interpretação conforme uma vez demonstrada a culpa do ente público no caso concreto; tendo a questão sido expressamente tratada durante o julgamento, com menção clara do Ministro Gilmar Mendes que, eles, os membros do STF, “(...) ao afirmarmos a constitucionalidade do artigo 71, nós estamos a fazer, pelo menos, uma severa revisão da jurisprudência do TST”⁵², houve da corte de cúpula da justiça laboral de readequar seu posicionamento, e, em 2011, o Tribunal Superior do Trabalho alterou o enunciado controvertido, acrescentando os itens V e VI, a fim de conformá-lo à posição do Supremo Tribunal Federal:

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 16**. Voto. Relator: Min. GILMAR MENDES. Brasília. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197916/false>. Acesso em: 12 dez. 2023

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 nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Conforme se observa, o Supremo Tribunal Federal estendeu, no julgamento da ADC nº 16, sua posição favorável à terceirização, já consolidada no setor privado, também para o setor público, diminuindo-lhe os riscos desse tipo de contratação, e sinalizando-a como quase inevitável para a prestação eficiente de serviços pelo Estado. Em síntese, foi tomada a decisão mais favorável aos gestores e representantes do poder político, restringindo a responsabilidade dos órgãos e entes governamentais que lançarem mão da terceirização como meio de captação de mão de obra apenas ao caráter subsidiário e somente em caso de comprovada a culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando* da Administração Pública em fiscalizar os contratos com empresas interpostas.

2.1.1 Dos conceitos de culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo*

A razão subjacente à culpabilização administrativa por vícios na escolha dos contratados ou na fiscalização da execução dos contratos, usualmente referidas pelas expressões latinas *in eligendo* e *in vigilando*, foi construída em torno da ideia de que apenas este seria o controle do poder público sobre o serviço prestado, o de selecionar quem prestaria e de se certificar que o estava prestando adequadamente, nada mais podendo influir.

A culpa *in eligendo*, segundo Costa⁵³, se concretiza em momento anterior à celebração do contrato administrativo, como fosse um vício de origem, e parte da ideia de que o Estado tem o dever de selecionar prestadora de serviços proba, organizada, capaz, diligente, eficiente, responsável e cumpridora, por sua vez, de suas próprias obrigações decorrentes da avença; se a administração, consequentemente, não fez a escolha adequada, deve arcar, ainda que de forma subsidiária, com as consequências advindas da sua falta de cautela:

“parte da premissa que, caso a Administração Pública não se cerque das cautelas necessárias na hora de contratar com um particular, nada mais justo

⁵³ COSTA, Augusto Aragão. **Os reflexos do Recurso Extraordinário 760931 para a terceirização na Administração Pública.** 2018. 78 p. Especialização – Curso de Direito, Faculdade Baiana de Direito, Salvador. 2018. Disponível em: Acesso em: 03 de jan. 2024.

que ela venha a responder de maneira subsidiária em caso de descumprimento das obrigações por parte do responsável principal”

A culpa *in vigilando*, por sua vez, se materializa posteriormente à contratação, como vício em sua execução, decorrendo da falta de fiscalização, por omissão ou descuido, ou de sua realização insuficiente ou inadequada, por negligência ou imperícia, acarretando má implementação do serviço contratado, implementação insuficiente, ou até mesmo inepta ou inexistente, pelas empresas terceirizadas contratadas. Para Costa⁵⁴, essa espécie de culpa se apresenta no sentido de ampliar o papel fiscalizatório da Administração, expandindo a responsabilidade do ente público além da observância dos procedimentos licitatórios e contratuais. Esse encargo de fiscalizar é previsto em ambas as leis de licitações:

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.⁵⁵

Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.⁵⁶

A divisão acima apontada é, entretanto, restritiva, denotando uma dificuldade na responsabilização da Administração Pública, posto que surgiu do afastamento da responsabilização automática do Estado, ou seja, objetiva, em preferência de sua responsabilização *in concretum*, por atos comissos ou omissivos, ou seja, subjetiva.

Conforme aponta Costa⁵⁷, a decisão de culpabilizar a Administração Pública somente quando comprovada a sua culpa *in eligiendo* e culpa *in vigilando*, sem a justa distribuição do ônus, impacta na redução das ações trabalhistas propostas por trabalhadores terceirizados de empresas prestadoras de serviços contra a Administração Pública, que buscam a satisfação de seus créditos trabalhistas que não foram honrados pelas empresas contratadas.

Nesse sentido, a Administração Pública é colocada em uma posição extremamente favorável, pois enquanto recorre à terceirização para a execução de seus serviços, se

⁵⁴ Augusto Aragão Costa, *Op. Cit.*

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 25 dez. 2023.

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Brasília. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 25 dez. 2023

⁵⁷ Augusto Aragão Costa, *Op. Cit.*

distancia de qualquer vínculo empregatício com os trabalhadores terceirizados que atuam em suas dependências, bastando tão somente assumir a responsabilidade de escolher prestadora de serviço sem grandes maculas de reputação e de fiscalizar o efetivo adimplemento do contrato, havendo a prestação do serviço, para ser eximida de toda e qualquer obrigação de custear e garantir os direitos trabalhistas dos funcionários contratados.

2.2 Da revisitação ao tema da responsabilidade da Administração Pública na Repercussão Geral n.º 246

Com o novo paradigma de proteção à administração contratante, superado o óbice apresentado pela jurisprudência trabalhista, foi assegurada a ampliação já em curso da terceirização no serviço público, trazendo segurança ao Estado e aos seus gestores de uma maior dificuldade, quando não traduzível mesmo em impossibilidade, tendo em vista a complexidade dos meios probatórios da culpa da administração, mormente sob o ponto de vista do trabalhador terceirizado quando reclamante e detentor do ônus da prova, da responsabilização do ente público sobre os encargos trabalhistas deixados pela empresa contratada.

Apesar de não suprimir diretamente os direitos e garantias dos trabalhadores terceirizados na prestação de serviços à administração, o paradigma surgido a partir da ADC nº 16 os tornou bastante mais difíceis de efetivar, não sendo possível concluir de outra forma que a decisão do Supremo Tribunal Federal fez ainda mais rarefeitas as já escassas benesses deste tipo de trabalhador, reduzindo sua econômica e sua exequibilidade, distanciando-o unidade produtiva, o órgão governamental, que por ele deveria se responsabilizar⁵⁸.

Na década subsequente, já durante o governo Dilma Rousseff, mas especialmente a partir do Governo Michel Temer, quem retomou o alinhamento ao neoliberalismo das administrações dos anos 1990, o Supremo Tribunal Federal continuou a decidir em prol de maior e mais ampla terceirização no setor público, bem como na esfera privada, sendo notável uma revisita ao tema da responsabilidade da Administração Pública quando do julgamento do Recurso Extraordinário 760.931, em abril de 2017, destacado como Tema de Repercussão Geral 246.

⁵⁸ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização sem limites: a crônica de uma tragédia social anunciada.** In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **Resistência: o direito do trabalho diz não à terceirização.** 1^a ed. São Paulo: Expressão Popular, 2019. p. 90.

A referida Repercussão Geral havia sido reconhecida em fevereiro de 2010 com a afetação do Recurso Extraordinário nº 603.397, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, quando ainda pendia de julgamento a ADC nº 16, posteriormente, aposentando-se a relatora, e sucedida pela Ministra Rosa Weber, o Tribunal substituiu, em 2014, o RE 603.397 pelo RE 760.931, que, havendo sido interposto em 2013 pela União contra acordão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho que reconheceu seu dever de indenizar os encargos trabalhistas de funcionários terceirizados, representava melhor a controvérsia posta diante da suprema corte.

Segundo a Advocacia Geral da União, a decisão da justiça laboral violava os artigos 5º, II, 37, *caput*, 97 e 102, §2º da Constituição Federal⁵⁹, e, caso fosse mantido tal julgamento, haveria reconhecimento irrestrito de sua responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas não quitados pela empresa prestadora de serviço, contrariando o precedente da ADC nº 16 e trazendo o risco de reavivar antigo dissídio jurisprudencial acerca da questão já anteriormente superado pelo STF.

Tendo o Supremo Tribunal Federal iniciado a apreciação da Repercussão Geral em fevereiro de 2017, acabou por restar empatado, votando por negar provimento ao recurso e fixar tese restritiva à terceirização no setor público, além da relatora, Ministra Rosa Weber, os ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello; ao passo que votaram pelo provimento do recurso e fixação de tese permissiva os ministros Luiz Fux, quem abriu a divergência, Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Carmem Lucia. O plenário deliberou, então, por aguardar o voto de desempate do novo ministro a ser indicado pelo presidente Michel Temer em decorrência da recente morte do Ministro Teori Zavascki.

⁵⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de constitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O julgamento foi retomado em abril de 2017, após a posse do Ministro Alexandre de Moraes, que acompanhando o voto do Ministro Luiz Fux fez vencedora, por 6 a 5, a divergência, sendo dado provimento ao recurso e fixada a seguinte tese de repercussão geral⁶⁰:

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

A tese nada mais é do que uma reiteração, desta vez de caráter vinculante e taxativo, do entendimento já esposado sete anos antes no julgamento da ADC nº 16. O próprio Ministro Luiz Fux, relator do acordão, aduziu em seu voto que a constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei 8.666/93 já foi alvo de debates no STF, citando a referida ADC, e que qualquer nova interpretação deste artigo seria contraditória violando segurança jurídica cara ao direito brasileiro.

Merece particular atenção raciocínio construído pelo voto condutor do Ministro Luiz Fux, quem destacou a ocorrência de acréscimos, em 1995, ao litigioso art. 71 da Lei de Licitações, lei federal 8.666/93, oportunidade em que, no seu entender, o legislador poderia ter acrescido previsão acerca da responsabilidade subsidiária da administração, não tendo feito, opção de *lege ferenda* que, no seu entender, deveria ser respeitada pelo Poder Judiciário.

De fato, em 1995, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 9.032/95⁶¹, de iniciativa do Presidente da República, à época Fernando Henrique Cardoso, que dentre outras disposições modificou o parágrafo 2º do art. 71 da Lei de Licitações⁶², fazendo prever a responsabilidade solidária da administração quanto às contribuições previdenciárias do trabalhador terceirizado mas não fazendo qualquer acréscimo de responsabilidade subsidiária para encargos trabalhistas, o que, no entender do ministro designado para lavrar o acordão configurou opção política e regulatória de excluir a responsabilidade subsidiária do Estado no caso de inadimplemento de tais verbas laborais, pois já haveria cumprimento, pelo ente público, no momento da licitação, da observância de aptidão

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema n. 246**. Brasília. Supremo Tribunal Federal, [2019]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246>. Acesso em: 20 dez. 2023.

⁶¹ BRASIL. **Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995**. Brasília. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9032.htm. Acesso em: 25 dez. 2023.

⁶² § 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

orçamentária e financeira da empresa contratada⁶³. Assim, no que tange à proteção do trabalhador, o entendimento firmado foi de que, já na contratação, o Poder Público tem capacidade de fiscalizar, podendo incluir cláusula no edital ou contrato que possibilite tal vigilância⁶⁴.

Em exercício de autocontenção, portanto, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Repercussão Geral 246 adotou como *ratio decidendi* a tese de que a jurisdição constitucional possui limites, não podendo o poder judiciário atuar de ofício na regulação da matéria, cabendo-lhe se manifestar apenas quando provocado, respeitando o espaço e o papel do legislador quem, propositalmente, optou, no seu entender, por não criar a responsabilidade subsidiária do ente público ao redigir a lei 9.032/95.

2.2.1 Dos fundamentos extrajurídicos do Repercussão Geral 246 e de suas imediatas consequências

É notável no julgamento do RE nº 760.931 o surgimento de uma visão que coloca em maior importância a proteção do erário contra danos ao seu patrimônio em lugar da proteção ao trabalhador terceirizado que de fato resta o serviço público, indo de encontro a um dos fundamentos basilares do Direito do Trabalho. É perceptível também, neste mesmo sentido, que “o princípio da eficiência na Administração Pública é invocado pela maioria vencedora para posicionar a terceirização não como um modelo precarizante de contratação, mas como um instrumento necessário à consecução da eficiência administrativa com custos menores”⁶⁵. Ainda por estas razões, a própria ementa do acordão do RE nº 760.931, em que foi julgada a repercussão geral, são apresentados “benefícios” econômicos da terceirização, mais do que razões efetivamente jurídicas, cito:

- (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com

⁶³ *Op. Cit.* p. 223.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **RE 760.931**. Relator(a): Min. Rosa Weber. Brasília. 2017.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373217/false>. Acesso em: 17 dez. 2023.

⁶⁵ ITO DE SOUZA, Helena Sayuri. **A terceirização no setor público sob a ótica do STF: uma rememoração do RE 760.931**. OBSERVATÓRIO DA REFORMA NO STF. 25 de fev. de 2022. Disponível em: <https://www.observatoriotorabalhistadostf.com/post/a-terceiriza%C3%A7%C3%A3o-no-setor-p%C3%BAblico-sob-a-%C3%B3tica-do-stf-uma-rememora%C3%A7%C3%A3o-do-re-760-931>. Acesso em: 23 dez 2023.

desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.

O que se evidencia, na verdade, é um desvio de perspectiva sobre a realidade do trabalho terceirizado no país. Essa modalidade de relação de emprego, conhecida por apresentar salários reduzidos – em média, um trabalhador terceirizado tem ganhos 27% menores em sua jornada de trabalho, que é 7% maior do que a de um trabalhador contratado diretamente, conforme pesquisa realizada pelo Dieese⁶⁶ –, agrava-se no contexto brasileiro, onde já se paga um dos salários mais baixos do mundo, inclusive em relação à países da América do Sul. Reconhece-se, ademais, que a terceirização importa em ainda maior precarização às condições dos trabalhadores⁶⁷, inseridos na realidade brasileira de condições de trabalho notoriamente precárias.

A Administração Pública, ao fazer uso da terceirização sobre o pretexto de que deve se pautar pelo dever da eficiência disposto no art. 37, *caput* da Constituição de 1988, escolhe uma solução claramente maléfica para a classe trabalhadora, que terá sua força de trabalho vendida por valor abaixo do que seus pares contratados diretamente. Para além disso, não possuir a administração enquanto contratante e verdadeira tomadora do serviço, responsabilidade acerca da relação de trabalho entre a empresa terceirizada e seus funcionários, coloca estes em situação ainda mais vulnerável e incerta.

Depender da fiscalização da Administração Pública, e da demonstração documental ou evidencial de sua falha, insuficiência, ou inocorrência, para ter os seus direitos trabalhistas efetivados contraria os princípios disposto na Constituição Federal de 1988 acerca da valorização e proteção ao trabalho, estabelecendo a Carta Magna, em seu artigo 7º, que é direito do trabalhador ter acesso ao salário, bem como às demais verbas trabalhistas; postulados esvaziados ao longo de duas décadas de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em benefício da terceirização.

⁶⁶ **As consequências no mundo do trabalho após a Reforma Trabalhista.** Jornal A Verdade, 30 ago. 2023. Disponível em: <https://averdade.org.br/2023/08/as-consequencias-no-mundo-do-trabalho-apos-a-reforma-trabalhista/>. Acesso em 05 jan. 2024.

⁶⁷ *Op. Cit.* p. 04.

Em especial, no contexto do Estado de Alagoas, por ocorrência do julgamento da Reclamação 64.812, ajuizada pelo Município de Maceió contra acórdãos lavrados pelo Tribunal Regional da 19ª Região, a Ministra Carmem Lúcia, aduziu que a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública, desacompanhada da demonstração efetiva e suficiente da irregularidade do comportamento, comissivo ou omissivo, quanto à fiscalização do contrato de prestação de serviços, seria contrária à Constituição:

Não se pode admitir a transferência para a Administração Pública, por presunção de culpa, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários devidos ao empregado da empresa terceirizada, sequer sendo de se lhe atribuir a prova de que não falhou em seus deveres legais, do que decorreria alguma responsabilização.⁶⁸

Em que pese a evidente dificuldade de demonstração por meio de provas e documentos aos autos, particularmente ante a hipossuficiência do trabalhador cujos direitos foram violados, ainda assim, entendeu a ministra pela manutenção da jurisprudência consolidada da Suprema Corte, independentemente das particularidades do caso concreto.

2.3 Da inadequação dos entendimentos da ADPF 324 e do RE 958.252 à Administração Pública e do direito constitucional ao concurso público

Em agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou conjuntamente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324, que questionava decisões da Justiça do Trabalho limitadoras da prática de terceirização das chamadas atividade-fim e reconhecia o vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora de serviços; e o Recurso Extraordinário 958.252, que questionava decisão do Tribunal Superior do Trabalho impeditiva do intermédio de mão de obra por meio de contratos terceirizados entendendo que se tratava de atividade-fim da empresa contratante.

Do julgamento de ambas as ações, restou decidido, de forma mais expansiva e paradigmática, que é lícita a terceirização de toda e qualquer atividade dentro do processo produtivo, quer seja meio, quer seja fim, sendo aprovada a Tese de Repercussão Geral 725 com a seguinte redação:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Reclamação 64812**. Decisão. Relator: Min. Carmen Lúcia. Brasília. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6822799>. Acesso em: 19 fev. 2024.

No setor público, à ocasião, o legislador ordinário já havia previsto as hipóteses de terceirização pela administração de suas atividades, que deve sempre observar os limites impostos pelo princípio da legalidade. Após o julgamento da repercussão geral, a jurisprudência dos tribunais superiores, que já havia admitido a terceirização de atividades-meio por entes públicos, foi objeto de intensa especulação, muito se indagando acerca da aplicação à Administração Pública da possibilidade de terceirização de atividade-fim.

Pelo caráter específico de sua estrutura organizacional, construída com a finalidade de atender aos interesses coletivos da sociedade, a Administração Pública se divide em administração direta e indireta, sendo a primeira aquela em que o Estado executa a atividade diretamente, por meio de seus órgãos internos, desempenhando atividades centralizadas; e a segunda constituída de entidades dotadas de personalidade jurídica própria que exercem atividades administrativas em caráter descentralizado, mediante autorização legal, sendo composta por autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas e associações públicas⁶⁹.

Embora em princípio restritivo tal modelo, algumas exceções constitucionais permitem que o administrador faça uso da terceirização para melhor atender aos interesses da sociedade, dentro, claro, dos limites legais previamente estabelecidos, de forma que sua prática não foi permitida a fim de se tornar regra, caso contrário importaria em violação aos postulados da organização administrativa e forma de seu acesso, especialmente aquele que prevê o direito ao concurso público.

No caso particular da execução indireta dos serviços públicos, há necessidade de regular processo licitatório, fundamentado no inciso XXI do art. 37 da Constituição⁷⁰, sendo imprescindível que haja norma legal específica e anterior que o permita e o regule, de forma que, avançando o uso da terceirização pela Administração Pública, foi natural o surgimento da necessidade de diferenciação entre as atividades-fim e as atividades-meio, aspiração jurídica malsucedida, uma vez que, para a execução dos serviços finalísticos do

⁶⁹ SANTOS, Daiana Monteiro. **Terceirização e o direito fundamental ao concurso público**. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. Resistência: o direito do trabalho diz não à terceirização. 1^a ed. São Paulo: Expressão Popular, 2019. p. 262.

⁷⁰ XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Estado, não se poderia contornar a imperiosidade da realização de concurso público, nos termos do art. 37, II da Carta Maior⁷¹.

Assim, em face da inexistência de distinção entre atividades-meio e atividades-fim na Constituição, a jurisprudência das cortes superiores firmou a vedação à delegação dos serviços finalísticos, permitindo apenas a contratação de terceiros para executar tarefas laterais à prestação de serviços públicos pelo Estado, fundamentando que estes seriam os limites estabelecidos pela Carta Maior⁷²:

Os objetivos administrativos traçados em direção à contenção de despesas públicas, enxugamento do quadro de pessoal, eficiência e maximização aplicativa dos recursos e serviços públicos, via terceirização, encontram barreiras constitucionais e legais que impedem a adoção da fórmula trilateral desmesurada, sobretudo para evitar o conflito entre os interesses da Administração Pública e os valores constitucionais.

Nestes termos, não é aplicável à Administração Pública as teses fixadas pelo STF na ADPF nº 324 e no RE 958.252, que julgaram constitucional a terceirização das atividades-fim no setor privado, com fundamento nos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e na autonomia da vontade por meio da liberdade de organização produtiva, princípios estes não aplicáveis à Administração Pública, que possui vinculação, por sua vez, à legalidade, isonomia, moralidade, indisponibilidade e supremacia do interesse público.

A Constituição Federal, portanto, é clara ao preconizar que somente será permitida a investidura em cargos públicos por meio do concurso, fortalecendo a Administração Pública e reafirmando o Estado democrático de Direito. De tal forma, admitir-se a utilização de mão de obra terceirizada para prestar serviços públicos, em caráter final e satisfatório, escapando das hipóteses legais, violaria diretamente o disposto no art. 37, I e II da Constituição.

⁷¹ II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

⁷² GÓES, Winnicius Pereira de. **A terceirização de serviços no âmbito da administração pública** – Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, pp. 157-60.

3 A TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO E A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO NA PERSPECTIVA DO TRABALHADOR

Estabelecida a jurisprudência, pelo Supremo Tribunal Federal, favorável às teses restritivas da responsabilização automática da administração, fez-se com que fosse mais vantajoso a utilização da mão de obra terceirizada. Nesse sentido, o legislador sentiu-se mais confortável de regular a terceirização de forma mais abrangente no setor público, como, por exemplo, no Decreto nº 9.507/2018, que revogou o Decreto nº 2.271/1997, que regulamenta a terceirização na Administração Pública Federal.

O art. 2º do Decreto nº 9.507 de 2018 estabelece que os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta mediante contratação serão estabelecidos por ato do Ministro de Estado da Economia. Ainda em 2018, através da Portaria nº 443⁷³, foram estabelecidas as atividades preferencialmente terceirizáveis⁷⁴. No parágrafo único

⁷³ BRASIL. Poder Executivo. **Portaria nº 443**, de 27 de dezembro de 2018. Estabelece os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta, em atendimento ao disposto no art. 2º do Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018. Disponível em: [⁷⁴ Art. 1º No âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, serão preferencialmente objeto de execução indireta, dentre outros, os seguintes serviços:

I – alimentação;

II - armazenamento;

III - atividades técnicas auxiliares de arquivo e biblioteconomia;

IV - atividades técnicas auxiliares de laboratório;

V - carregamento e descarregamento de materiais e equipamentos;

VI - comunicação social, incluindo jornalismo, publicidade, relações públicas e ceremonial, diagramação, design gráfico, webdesign, edição, editoração e atividades afins;

VII - conservação e jardinagem;

VIII - copeiragem;

IX - cultivo, extração ou exploração rural, agrícola ou agropecuária;

X - elaboração de projetos de arquitetura e engenharia e acompanhamento de execução de obras;

XI - geomensuração;

XII - georeferenciamento;

XIII - instalação, operação e manutenção de máquinas e equipamentos, incluindo os de captação, tratamento e transmissão de áudio, vídeo e imagens;

XIV - limpeza;

XV – manutenção de prédios e instalações, incluindo montagem, desmontagem, manutenção, recuperação e pequenas produções de bens móveis;

XVI - mensageria;

XVII - monitoria de atividades de visitação e de interação com público em parques, museus e demais órgãos e entidades da Administração Pública federal;

XVIII - recepção, incluindo recepcionistas com habilidade de se comunicar na Linguagem Brasileira de Sinais - Libras;

XIX - reprografia, plotagem, digitalização e atividades afins;

XX - secretariado, incluindo o secretariado executivo;

XXI - segurança, vigilância patrimonial e brigada de incêndio;

XXII - serviços de escritório e atividades auxiliares de apoio à gestão de documentação, incluindo manuseio, digitação ou digitalização de documentos e a tramitação de processos em meios físicos ou eletrônicos \(sistemas de protocolo eletrônico\);](https://www.gov.br/conarq/pt-br/legislacao-arquivistica/portarias-federais/portaria-n-443-de-27-de-dezembro-de-2018#:~:text=PORTARIA%20N%C2%BA%20443%2C%20DE%2027,21%20de%20setembro%20de%202018.&text=XXXII%20%2D%20certifica%C3%A7%C3%A3o%20de%20produtos%20e,respeitado%20o%20contido%20no%20art. Acesso em: 25 dez. 2023</p>
</div>
<div data-bbox=)

do art. 1º da portaria, resta estabelecido que o rol não é taxativo, podendo outras atividades que não estão contempladas pela lista serem passivas de execução indireta, desde que estejam de acordo com o Decreto nº 9.507/2018. Nesses termos, é perceptível que a exploração da mão de obra terceirizada pela Administração atinge diversas áreas, desde o secretariado ao transporte, podendo estas possibilidades serem ampliadas, demonstrando que a terceirização se tornou atrativa ao setor público, em meio a possibilidade de economicidade da Administração Pública, sem condenações deste tipo, possibilitando a preservação do orçamento e planejamento.

Consequentemente, como a contratação da empresa interposta se dá por meio de contratação licitatória, que usualmente é aquela que oferece o menor valor ou a proposta mais vantajosa à Administração, e muito embora a terceirização seja uma forma de barateamento dos custos da mão de obra, há neste processo uma flexibilização dos direitos trabalhistas, assim, a abertura extensa da utilização da terceirização no setor público afeta os trabalhadores de forma negativa.

3.1 Aspectos negativos da terceirização no setor público para o trabalhador.

Do ponto de vista do trabalhador terceirizado, as reduções de direitos não se manifestam exclusivamente na maior instabilidade do trabalho terceirizado, visto que muitas contratações com a administração são temporárias ou de curta duração, ou tão somente de redução salarial, uma vez que, havendo a intermediação da empresa terceirizada em relação ao tomador do serviço final, o Estado, retira sua margem de lucro da remuneração deste empregado terceirizado; há reflexos ainda na ausência de representação sindical, na supressão de férias e no maior riscos de acidentes e mais precária saúde do trabalho.

XXIII - serviços de tecnologia da informação e prestação de serviços de informação;
 XXIV - teleatendimento;
 XXV - telecomunicações;
 XXVI - tradução, inclusive tradução e interpretação de Língua Brasileira de Sinais (Libras);
 XXVII - degravação;
 XXVIII - transportes;
 XXIX - tratamento de animais;
 XXX - visitação domiciliar e comunitária para execução de atividades relacionadas a programas e projetos públicos, em áreas urbanas ou rurais;
 XXXI - monitoria de inclusão e acessibilidade; e
 XXXII - certificação de produtos e serviços, respeitado o contido no art. 3º, § 2º do Decreto nº 9.507, de 2018.
 Parágrafo único. Outras atividades que não estejam contempladas na presente lista poderão ser passíveis de execução indireta, desde que atendidas as vedações constantes no Decreto nº 9.507, de 2018.

Quanto a representação de classe, a Constituição Federal adota o modelo sindical que possui como principais características a unicidade sindical e a representação por categoria econômica ou profissional⁷⁵.

O conceito de categoria é definido pela CLT no §1º do art. 511º que aduz que “a solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitue o vínculo social básico que se denomina categoria econômica”. Para Márcio Túlio Viana (2004) a categoria econômica corresponde a categoria profissional, como uma espécie de espelho, e quando a CLT estabeleceu essa correspondência, foi por concluir que as pessoas que trabalhavam num mesmo ramo de atividade empresarial se unem por laços de solidariedade. Nesse sentido, a similitude laboral é o ponto de agregação, sendo um dos parâmetros para a formação da categoria profissional ou econômica. Acontece que, os trabalhadores terceirizados que passam demasiado tempo no mesmo órgão, não formam laços com os outros terceirizados da empresa prestadora, que eles nem conhecem, mas sim com o pessoal que está ali junto deles.

Em suma, o que se percebe na terceirização, é um esvaziamento da organização sindical, pois o trabalhador, enquanto indivíduo pertencente a determinada categoria, perde a sua capacidade de organização, e consequentemente, a sua capacidade de reivindicação, em razão da falta de identidade, de vinculação e de sentido de pertencimento⁷⁶. Nas palavras do Ministro do TST Mauricio Godinho⁷⁷:

O fenômeno da terceirização, entre as inúmeras dificuldades que traz à sua regulação civilizatória pelo Direito do Trabalho, apresenta ainda manifesto desajuste à estrutura do sistema sindical do País, fundado na ideia matriz da categoria. É que os trabalhadores terceirizados não constituem, do ponto de vista real e sob a perspectiva jurídica, uma categoria profissional efetiva, uma vez que não apresentam, regra geral, similitude de condições de vida oriunda

⁷⁵ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
 I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;
 II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;
 III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;
 IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

⁷⁶ AHMAH ALLAN, Nuredin. **A terceirização como elemento de perda da identidade da classe trabalhadora.** In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. Resistência: o direito do trabalho diz não à terceirização. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2019. p. 198.

⁷⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho.** 7. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: LTr, 2017.

da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, (compondo) a expressão social elementar compreendida como categoria profissional (art. 511, §2º, CLT).

Pensemos, por exemplo, no indivíduo que exerce determinada função em determinado órgão público, este trabalhador não está incluído na mesma categoria profissional que o trabalhador concursado daquele mesmo órgão que exerce função semelhante, eles nem mesmo possuem o mesmo empregador. Dessa forma, não há como haver organização sindical se o principal ingrediente para sua formação, que é a similitude, não está presente.

Sabe-se que os sindicatos de trabalhadores permanentes tendem a ser mais fortes, mas os trabalhadores terceirizados não podem se associar a eles. O que seria mais interessante seria a reunião desses trabalhadores terceirizados num sindicato próprio, mas nesse caso seria um sindicato muito mais frágil, pois a união dos trabalhadores entre si também é.

Nesse contexto, no âmbito do trabalho terceirizado, a capacidade de organização dos trabalhadores não é apenas diminuída, ela é pulverizada e praticamente deixa de existir, na medida em que se percebe o enfraquecimento dos sindicatos profissionais, o que acaba gerando consequências nas negociações coletivas ou acordos coletivos, em razão da falta de mobilização promovida pelos sindicatos. Esse afastamento dos trabalhadores de uma identidade de classe, afeta a autonomia e a capacidade de representação sindical, dando lugar ao surgimento de trabalhos precarizados.

Sobre a supressão de férias, o direito a este período de descanso está previsto na Constituição como direito fundamental do trabalhador⁷⁸, que surge após o empregado completar o seu período aquisitivo de 12 meses de contrato de trabalho, tendo direito a 30 dias de descanso. As férias são de demasiada importância, não somente em razão da necessidade de descansar do trabalhador, mas também em relação a saúde, a segurança e ao lazer, que também são direitos fundamentais inerentes à pessoa humana consagrados pela Constituição Federal⁷⁹.

⁷⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

⁷⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A saúde, como direito fundamental, é inerente a qualquer ser humano, e o direito às férias existe para garantir tal direito aos trabalhadores. O período de repouso mais longo, surgiu mediante as condições insalubres as quais eram submetidos os trabalhadores durante a Revolução Industrial, tal direito foi reivindicado pelos próprios trabalhadores. É claro que o trabalho contínuo sem férias é prejudicial ao trabalhador, além de contribuir para o aumento do índice de acidentes e doenças ocupacionais, ainda afeta o seu psicológico e seu físico. Nesse sentido, também está incluso a segurança do empregado no ambiente de trabalho.

Atualmente a preocupação com a integridade do trabalhador é muito diferente do que se entendia no período pré-industrial, pois acidentes de trabalhos eram corriqueiros e geralmente fatais. A partir do momento que se entendeu que as pessoas não são máquinas e precisam de descanso para trabalharem de forma segura, a concessão de férias ao trabalhador como meio assegurador de sua segurança no ambiente laboral se inscreveu como direito fundamental, direito este que é inalienável, imprescindível e exige uma atuação mais contundente do Estado para a sua garantia⁸⁰.

Nessa toada também segue o direito ao lazer, que, assim como a saúde e a segurança, está ligado diretamente à integridade do trabalhador, especialmente à sua saúde emocional, uma vez descansados e livres, os riscos de acidentes e doenças de trabalho diminuem. Acontece que essa não é a realidade na terceirização.

É comum que empresas contratadas para prestar serviços de mão de obra terceirizada sucedam umas às outras e reproveitem os mesmos empregados da empresa que prestou os serviços anteriormente, e a cada nova contratação, o trabalhador é desligado da empresa atual e contratado pela nova empresa que prestará os serviços de terceirização, por vezes com salário reduzido. Além de haver casos em que a empresa abre falência e o trabalhador não recebe as devidas verbas e ainda assim continua trabalhando no órgão público aguardando uma nova empresa ser contratada para intermediar o seu contrato de trabalho. Esse é um aspecto sombrio da terceirização mostrado no documentário “Terceirizado, um Trabalhador Brasileiro”⁸¹, realizado pelo

⁸⁰ SOARES, Felipe Lopes. **Cabimento da ação civil pública e ação popular na defesa da saúde e segurança do trabalhador**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Ano 101, vol. 918. Abril de 2012. p. 444.

⁸¹ Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital, ligado ao Departamento do Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP. **“Terceirizado, um Trabalhador Brasileiro”**. São Paulo: 2015. Youtube: [grupodepesquisatrabalhoecapital](https://www.youtube.com/watch?v=iu5Xhu82fzc). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=iu5Xhu82fzc>. Acesso em: 15 de jan. 2024.

Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital, ligado ao Departamento do Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP, que realizou entrevistas com vários trabalhadores terceirizados em diferentes Órgãos Públicos de Brasília.

A CLT garante ao trabalhador gozar de férias anuais sem prejuízo de sua remuneração⁸², assim como a Constituição também o faz⁸³, dessa forma, a sua supressão viola diretamente os preceitos constitucionais e precariza ainda mais o trabalhador. Por ser a supressão de férias um aspecto tão presente na terceirização, conforme restou-se demonstrado, a utilização por parte da administração pública de mão de obra terceirizada de forma ampliada, que é como se dá nos dias de hoje, atua como agente precarizante e supressor de direitos trabalhistas assegurados constitucionalmente.

Quanto à saúde e segurança do trabalho, o crescimento desenfreado da terceirização no serviço público trouxe, de uma forma geral, riscos e consequências drásticas para a classe trabalhadora, principalmente quando falamos na saúde do trabalhador. As condições de trabalho na terceirização são precárias, quanto a isso há diversas teses que comprovam a relação entre o processo de saúde e doença e as condições de trabalho⁸⁴.

Para Paula Regina Pereira Marcelino⁸⁵, a precarização não é exatamente um conceito, é, na verdade, um termo que indica um movimento cujo parâmetro de comparação são as conquistas operárias operárias do período do Estado de bem-estar social nos países de capitalismo desenvolvido, ou ainda do desenvolvimentismo de alguns países de capitalismo dependente, estando associada às ideias de instabilidade, de provisório, de fragilidade, de incerteza.

Nesse contexto, para Druck⁸⁶ o mercado de trabalho, enquanto forma de mercantilização da força de trabalho, se encontra segmentado e marcado por uma

⁸² Art. 129. Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração

⁸³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

⁸⁴ Druck, Graça. *In: Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate*. Organizador: André Gambier Campos. – Brasília: Ipea, 2018.

⁸⁵ PEREIRA MARCELINO, Paula Regina. *Terceirização e ação sindical: a singularidade da reestruturação do capital no Brasil*. 2008. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, São Paulo, 2008. P. 93.

⁸⁶ ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça. *A terceirização sem limites: a precarização do trabalho como regra*. O Social em Questão, vol. 18, núm. 34, 2015, julho-, pp. 19-40 Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Brasil.

vulnerabilidade estrutural que se mostra através de contratos laborais precários, sem proteção social. Assim, os trabalhadores terceirizados são os que recebem menos e trabalham mais, são mais instáveis e possuem menos direitos, isso faz com que se crie um limbo que os separa dos trabalhadores contratados diretamente. Essa discriminação gera a precarização dos trabalhadores tidos como da segunda categoria, deixando-os vulneráveis e afetando a sua saúde. Nas palavras de Druck⁸⁷:

Essa vulnerabilidade da sua saúde e a maior exposição aos riscos decorrem exatamente desta maior precariedade do trabalho, da falta de treinamento adequado, de qualificação, de proteção por política de segurança e saúde, pois em geral as empresas terceirizadas não dispõem dessa política, da ausência de CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes) e, principalmente da não identificação, eliminação e controle dos riscos por meio de proteções coletivas.

Neste mesmo sentido, é possível perceber que a precarização não ocorre somente no ambiente de trabalho do tomador de serviços, incide também na relação terceirizada entre o empregado e o empregador – a prestadora de serviços – uma vez que o fim de reduzir custos afeta não só a produção, mas também as condições de trabalho dos terceirizados.

Nessa seara, a categoria da saúde é que mais se destaca. Profissionais como enfermeiros, técnicos em enfermagem e outros especialistas que exercem trabalho de forma terceirizada, frequentemente enfrentam salários inferiores, jornadas exaustivas e ausência de benefícios.

Para o Procurador José de Lima, “o terceirizado é um trabalhador invisível para a sociedade: não recebe o mesmo treinamento; não tem cobrança para o uso de EPI e não ganha o mesmo que um empregado direto, exercendo a mesma função”. A ausência de equipamentos adequados e treinamento representa os principais fatores que impulsionam a precarização e, consequentemente, resultam em fatalidades no ambiente de trabalho. A negligência por parte das empresas terceirizadas agrava ainda mais a situação, pois há uma menor ênfase na gestão dos riscos associados a acidentes laborais. A evidência concreta revela que a prática de terceirização desempenha um papel substancial no aumento das taxas de adoecimento e de fatalidades relacionadas a acidentes de trabalho⁸⁸.

⁸⁷ Druck, *Op. Cit.*

⁸⁸ DIEESE. **Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha: / dossier acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos /** Secretaria Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. - São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

Um ambiente de trabalho adequado e seguro é essencial para a saúde do trabalhador, prevenindo acidentes de trabalho e doenças laborais. Dessa forma, a implementação desse modelo laboral na Administração Pública, de forma além da regulada pela Constituição, viola preceitos fundamentais e contribui para a precarização do trabalhador brasileiro.

3.2 O ônus da prova como instituto impeditivo da responsabilização do Estado e a pendência da Repercussão Geral nº 1.118

Estabelecido o paradigma, através da consolidação da jurisprudência constitucional a respeito, de que cabe ao terceiro prejudicado pelo contrato de terceirização demonstrar a culpa subjetiva da administração, quer *in vigilando*, quer *in eligendo*, surgiu dificultosa realidade para o caso específico do trabalhador cujos direitos trabalhistas não foram adimplidos.

Isto porque, embora aparentemente a corte constitucional tenha deixado porta aberta ou caminho possível em que pudesse demandar contra o ente público, por obviedade devedor fácil de encontrar e permanentemente solvente, no campo prático do curso de um processo trabalhista, ou de qualquer processo cível comum, o trabalhador, quando investido na posição de reclamante, passa a enfrentar a quase intransponível barreira do ônus da prova.

Provar nos autos, por meio de documentos que a administração ou seus agentes, omissiva ou comissivamente, foram negligentes nos complexos, elaborados, custosos, distantes, e permeados de particularidades e circunstâncias técnicas, processos licitatórios, ou que igualmente, comissiva ou omissivamente, deixaram de zelar e exigir o cumprimento fiel dos contratos em seus aspectos financeiros, logísticos, organizacionais, principiológicos, estruturais e jurídicos, revela-se para a quase totalidade dos demandantes terceirizados na justiça do trabalho como francamente impossível, sendo lógica sua hipossuficiência probatória por sequer participarem das tratativas e não estarem envoltos dos procedimentos afetos a contratação de suas contratantes.

Assim, a solução processual de redistribuição ou mesmo inversão completa do ônus probatório, embora enfrente resistências, é imperiosa para evitar que a possibilidade de responsabilização subsidiária do Estado quando por culpa subjetiva não se torne mera conjectura teórica, impossibilitada de se manifestar na prática.

O fato de o ato administrativo, por princípio, possuir a presunção de legitimidade não afasta a possibilidade de atribuir o encargo probatório à administração, uma vez que esta é, quase sempre, a responsável pela guarda de documentos correlacionados ao contrato de terceirização. Nesse sentido, o art. 37 da Lei 9.784/1999, que dispõe acerca do processo administrativo, aduz que, quando for a administração, ou algum de seus órgãos, responsável por documentos que atestem os fatos e dados pertinentes ao processo, deve este órgão permitir a sua obtenção⁸⁹:

Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

Assim, fundamentado no princípio da cooperação, que por sua vez, decorre da boa-fé processual, o legislador escolheu não inverter o ônus da prova, mas sim fazer uma distribuição dinâmica entre as partes, pois “todos os sujeitos processuais (seja qual for a modalidade de processo) devem comportar-se de forma leal e cooperativa para que seja produzida uma decisão justa”⁹⁰.

O trabalhador, enquanto parte hipossuficiente da relação, não pode ter sobre si imposto o ônus de comprovar que a administração, enquanto tomadora de serviço, agiu de forma omissa ou negligente, sendo responsável, nos termos do §1º do art. 71 da lei 8.666/93. Em razão dessa dificuldade, ou mesmo impossibilidade, daquele que for lesado comprovar a culpa subjetiva da administração, muitos são os doutrinadores que defendem a adoção de culpa presumida por parte do Estado como instrumento de equilíbrio da relação processual, que, segundo alguns críticos, na prática, em pouco ou nada se diferenciaria da responsabilidade objetiva.

Não à toa, autores como Celso Antônio Bandeira de Mello chamam atenção de que, para que haja a efetiva demonstração de falha comissiva ou omissa de agente do Estado ou seu representante, ou mesmo a mera constatação observacional de sua ocorrência, é necessário conhecimento muitas vezes profundo e completo da máquina pública, detido por poucos, dificultando a sua responsabilização⁹¹:

⁸⁹ BRASIL. Lei nº 9.784/1999, de 29 de janeiro de 1999. Brasília. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 25 dez. 2023.

⁹⁰ DIDIER, Fredie e BOMFIM, Daniela. **Prova por amostragem e distribuição do ônus da prova no processo administrativo.** In Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, Ano 2, vol. 10, julho/2014, RT, p. 132-3.

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Responsabilidade Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos** in Doutrinas Essenciais - Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella

Por isso, ao Estado incumbe fazer demonstração de que não teve culpa, vale dizer, de que não desatendeu às prescrições existentes e de que esgotou os meios plausíveis para enfrentar corretamente uma dada situação, na qual, a despeito de tudo, foi superado por dificuldades invencíveis, que não lhe permitiram obstar ao evento lesivo.

É relevante salientar que os princípios que regem o ônus da prova dispõem a favor da teoria da culpa presumida do Estado. O princípio da aptidão para a prova evidencia que a parte responsável pela produção probatória é a que apresenta melhores condições para fazê-la, independentemente do ônus imposto pela norma processual, sendo cabível ao processo do trabalho, no qual o trabalhador sempre está em posição hipossuficiente em relação ao Estado. À luz do princípio da cooperação, que decorre do princípio da boa-fé objetiva, todos os participantes da relação processual possuem o dever de colaborar para que se tenha uma decisão de mérito justa e efetiva, desta forma, é imperial a atuação positiva do julgador, para que os direitos da parte hipossuficiente sejam protegidos diante do desequilíbrio processual.

Seria injusto e desarrazoado impor aos trabalhadores terceirizados o dever probatório quanto à omissão de fiscalização por parte da Administração Pública, sendo mais bem adequada a distribuição dinâmica do ônus da prova, que fundamentada nos princípios da igualdade, aptidão para a prova e cooperação, tem como diretriz a efetiva capacidade probante de cada parte.

Acerca da questão, embora tenha sido tratada ora como fundamento, ora como *obiter dictum*, nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilização da Administração Pública por danos à terceiros provenientes aos contratos de terceirização, entre os trabalhadores terceirizados, não restou decidido a quem incumbiria o ônus da prova, já que a própria corte apresentou pensamentos divergentes sobre o assunto. Ficando decidido que eventual hipossuficiência do trabalhador, em tais casos, teria natureza infraconstitucional, e, portanto, as questões atinentes às provas não seriam matéria analisável no STF.

Com base nisso, o Tribunal Superior do Trabalho adotou a teoria da culpa presumida da Administração Pública e firmou a tese de que “com base no Princípio da Aptidão da Prova, é do ente público o encargo de demonstrar que atendeu às exigências

legais de acompanhamento do cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços”⁹².

Tal posicionamento fez com que o Estado de São Paulo devolvesse a questão à apreciação da Corte Constitucional em novembro de 2020 quando, ao interpor o Recurso Extraordinário 1.298.647, arguiu a preliminar de repercussão geral para o caso, alegando, no mérito, a violação, pela tese de culpa presumida construída pela justiça trabalhista, dos artigos 5º, II, 37, caput, XXI e § 6º, e 97 da Constituição Federal.

A relatoria, que coube ao Ministro Nunes Marques, encaminhou voto acolhendo a preliminar, tendo o plenário do Supremo Tribunal Federal afetado o recurso como Tema de Repercussão Geral nº 1.118 em dezembro de 2020, ainda aguardando julgamento e definição de tese, possuindo a seguinte definição:

Ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246).

Ao definir a quem incumbirá o ônus de provar a omissão do Estado nos casos de responsabilidade subsidiária, a Repercussão Geral mencionada afetará tanto o Direito do Trabalho quanto a Administração Pública. Eventual definição contrária à administração paulista, pacificando que o encargo probatório deve ficar com o ente público, gerará para este um dever ainda maior de prevenir, impedir ou minimizar os atos lesivos contra os trabalhadores contratados, podendo mesmo vir a frear a terceirização no setor público. Por outro lado, caso acolhidas as pretensões do Estado de São Paulo, em suplantar a construção jurisprudencial do TST, avançará mais uma vez a terceirização desenfreada, inconsequente e irresponsável, tornando, na prática, letra morta a responsabilidade subsidiária subjetiva do Estado frente aos contratos de terceirização, ante a virtual impossibilidade de demonstração de culpa administrativa, *in eligendo* ou *in vigilando*, pelo trabalhador lesado.

Embora, em decorrência de sua aposentadoria no fim de 2023, a Ministra Rosa Weber, egressa da justiça do trabalho, não participará do julgamento da Repercussão

⁹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 925-07.2016.5.05.0281**. Relator(a): Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília. 2016. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&consNumTst=925&digitoTst=07&anoTst=2016&orgaoTst=5&tribunalTst=05&varaTst=0281&submit=Consulta>. Acesso em: 17 dez. 2023.

Geral 1.118, ainda assim, é cabível relembrar seu posicionamento acerca da questão atinente ao ônus probatório, conforme trecho de seu voto vencido, quando do julgamento do RE 760.931, em abril de 2017⁹³:

Concluir pela irresponsabilidade estatal ou pela imposição do encargo probatório ao trabalhador, em hipóteses como a debatida, implicaria desconsideração do valor social do trabalho e dos princípios trabalhistas, que visam a assegurar o resguardo dos direitos fundamentais do trabalhador e do princípio da dignidade humana, em homenagem à nova ordem constitucional.

A posição do trabalhador terceirizado na relação jurídica com o ente estatal é de vulnerabilidade, e o descumprimento do contrato administrativo por meio do inadimplemento das suas verbas trabalhistas ofende diretamente seus direitos fundamentais positivados no art. 7º da Constituição Federal. A Administração Pública, por outro lado, já possui o dever fundado no ordenamento jurídico brasileiro de fiscalizar seus contratos, sendo possuidora dos meios materiais e documentais aptos a comprovar que efetuou a devida fiscalização ou procedeu com probo processo licitatório, e com base no princípio da distribuição dinâmica da prova, o Estado deve colaborar e fornecer as informações pertinentes à solução da lide, conforme vem decidindo o Tribunal Superior do Trabalho.

⁹³ *Op, cit.* p. 147/148

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como principal fundamento a compreensão de como as recentes decisões do Poder Judiciário acerca da responsabilidade subsidiária subjetiva da Administração Pública, somente quando comprovada a sua culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando* nos contratos de terceirização serviu como catalisador para implementação mais abrangente dessa modalidade de estrutura organizacional no âmbito do serviço público e como essa expansão afetou o trabalhador terceirizado, a fim de que se possa ter uma melhor visualização das formas em que este é constantemente colocado em situação de trabalho precário.

Para se atingir a compreensão dos impactos dessas decisões, definiu-se três pontos principais. O primeiro discorre acerca da evolução da terceirização, de como as formas de trabalho se moldaram até formar a ideia de terceirização a partir dos diferentes padrões de organizações do trabalho, especificamente aquele denominado de Toyotismo, partindo após, para a contextualização da terceirização no Brasil.

Com este capítulo introdutório se pretendeu contextualizar a terceirização no âmbito público e no âmbito privado, expondo minuciosamente como as decisões, políticas e judiciárias, formaram a ideia de terceirização que está vigorando atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. Esse é um passo importante para entender como se deu a terceirização na Administração Pública.

O segundo ponto essencial para a pesquisa, traduzido no capítulo 2, foi o entendimento de como se daria a responsabilização da Administração Pública, e em que pilar ela se apoia. Além de introduzir as concepções de culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, houve a necessidade de aprofundamento acerca do entendimento formado pelo Supremo Tribunal Federal e como se firmou a tese da responsabilidade subsidiária subjetiva do Estado.

Em síntese, o que se pretendeu com este capítulo foi delimitar o tema da pesquisa, demonstrando como os julgados do Supremo Tribunal Federal evoluíram acerca da responsabilidade subsidiária subjetiva da Administração Pública, apesar de demonstrado o caráter precarizador da terceirização.

No terceiro e último ponto essencial, foi demonstrados os aspectos negativos da terceirização na perspectiva do trabalhador e como a responsabilização subsidiária subjetiva da Administração Pública, somente em caso de culpa *in eligendo* e culpa *in*

vigilando, atua como agente facilitador da implementação da terceirização nos serviços públicos.

Por fim, com o presente trabalho se buscou entender a complexidade e as ramificações do fenômeno da terceirização para os trabalhadores terceirizados na Administração Pública e como o embate entre a busca por eficiência no serviço público e a necessidade de preservar direitos dos trabalhadores fez com que surgisse um cenário em que os reflexos dessa dinâmica impactam a vida profissional e pessoal dos empregados terceirizados.

A tese em questão se confirma, na medida em que as práticas de terceirização, utilizadas usualmente como estratégia de redução de custos, culminam na fragilização das condições de trabalho, conforme abordado no terceiro capítulo. Assim, comprehende-se que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública somente quando comprovada a sua culpa na fiscalização ou escolha, embora estabelecida para salvaguardar o trabalhador, nem sempre se confirma em medidas efetivas para assegurar o cumprimento dos direitos laborais, bem como a distribuição do ônus da prova dificulta a concreção dos direitos inerentes aos trabalhadores.

Os resultados desse cenário são vastos e impactantes. De início, observa-se notável desvalorização da mão de obra terceirizada, que acaba repercutindo na qualidade de execução das atividades laborais, para além disso, o âmbito social também é atingido, pois a falta de equidade nas condições de trabalho perpetua e acentua disparidades econômicas entre as classes sociais.

Diante desse cenário, é imprescindível que seja repensado as práticas de terceirização na Administração Pública, buscando um equilíbrio entre eficiência administrativa e respeito aos direitos trabalhistas. A implementação efetiva da responsabilidade subsidiária da Administração Pública requer uma revisão das políticas e fiscalizações, com o intuito de garantir que as empresas terceirizadas cumpram rigorosamente as normas trabalhistas.

Em última análise, é entendível que a superação da precarização do trabalho terceirizado no setor público demanda uma abordagem holística, envolvendo não apenas ajustes jurídicos, mas também mudanças culturais e políticas. Somente por meio de uma atuação coordenada e comprometida será possível promover um ambiente de trabalho mais justo e digno, assegurando que a Administração Pública cumpra seu papel não

apenas como gestora, mas como agente transformadora na construção de uma sociedade mais equitativa e solidária.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça. **A terceirização sem limites: a precarização do trabalho como regra.** O Social em Questão, vol. 18, núm. 34, 2015, julho-, pp. 19-40 Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Brasil.

BRAGA, R. P.; PASCHOAL, G. H. **Da responsabilidade subsidiária da Fazenda Pública na terceirização de serviços públicos à luz do julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931.** Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, v. 3, 17 ago. 2020.

BRANCO, Adriane Caire Castelo. **A Terceirização no Serviço Público: implicações e desafios para a saúde do trabalhador.** 2020. 234 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2020.

BRASIL. **Decreto n. 2.271/1997**, de 7 de julho de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm. Acesso em: 10 dez. 2023.

_____. **Decreto n. 9.507/2018**, de 21 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9507.htm. Acesso em: 10 dez. 2023.

_____. **Lei nº 13.429**, de 31 de março de 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: 10 dez. 2023.

_____. **Lei nº 13.467** de 13 de julho de 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 09 dez. 2023.

_____. **Lei nº 6.019**, de 03 de janeiro de 1974. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 08 dez. 2023.

_____. **Lei nº 7.102**, de 20 de junho de 1983. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm. Acesso em: 17 dez. 2023.

_____. **Lei nº 8.863** de 28 de março de 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8863.htm. Acesso em: 21 dez. 2023.

CAMPOS, André Gambier. **Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate.** Brasília: Ipea, 2018.

COSTA, Andrea Dourado. **A terceirização no serviço público: Desafios, consequências e regulação.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Fortaleza, 2017.

COSTA, Augusto Aragão. **Os reflexos do Recurso Extraordinário 760931 para a terceirização na Administração Pública.** 2018. 78 p. Especialização – Curso de Direito, Faculdade Baiana de Direito, Salvador. 2018. Disponível em: <<https://monografias.faculdadebaianadedyreito.com.br/tcc/os-reflexos-do-recursoextraordinario-760931-para-a-terceirizacao-na-administracao-publica>> Acesso em: 03 de jan. 2024.

DA CUNHA, Ana Paula Leal. **Terceirização na administração pública: as consequências jurídicas do RE 760.931 sobre a definição do ônus da prova para fim de responsabilização subsidiária do ente público.** Monografia de Conclusão de Curso. Florianópolis. 2022.

DRUCK, Graça; DE OLIVEIRA, Isabela Fadul. **O debate conceitual sobre terceirização: uma abordagem interdisciplinar.** Caderno CRH, vol. 34, e021029, 2021 Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas - Centro de Recursos Humanos

DRUCK, Graça; SENA, Jeovana; PINTO, Marina Morena; ARAÚJO, Sâmia. **A Terceirização no serviço público: particularidades e implicações.** In: CAMPOS, André Gambier. Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate. Brasília: Ipea, 2018.

HORIE, Leandro; ARCOLINO, Adriana. **Reforma trabalhista e negociação coletiva: Primeiras avaliações sobre o caso brasileiro.** Revista Ciências do Trabalho n. 15 DIEESE – ABET.

ITO DE SOUZA, Helena Sayuri. **A terceirização no setor público sob a ótica do STF: uma rememoração do RE 760.931.** OBSERVATÓRIO DA REFORMA NO STF. 25 de fev. de 2022. Acesso em: 23 dez 2023.

LOPES DA CUNHA, Tadeu Henrique. **O fordismo/taylorismo, o toyotismo e as implicações na terceirização.** Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 15 – n. 47, p. 183-210 – jan./jun. 2016.

- MARCELINO, Paula Regina Pereira. **Terceirização e a ação sindical: A singularidade da reestruturação do capital no Brasil.** 2008. Universidade Estadual de Campinas: Instituto de filosofia e ciências humanas do programa de doutorado em ciências sociais.
- OLIVEIRA, Elisângela Magela. **Transformações no mundo do trabalho, da revolução industrial aos nossos dias.** Caminhos de Geografia 6(11)84-96, Fev/2004.
- PAULA DE SOUZA, André Wilson. **A revolução industrial e a divisão social do trabalho.** II Encontro Anual de Iniciação Científica Universidade Estadual do Paraná Campus Paranavaí, 25 a 27 de outubro de 2016.
- PAVEGLIO, Camila Ravicon. **Terceirização na saúde pública: a precarização do serviço e das condições de trabalho.** Monografia de Conclusão de Curso. Porto Alegre. 2023.
- PEDRAL, Gabriela França de Oliveira. **O ônus da prova nas ações trabalhistas de responsabilidade subsidiária de entes públicos: uma análise do RE 760.931/DF.** São Cristóvão, 2021. Monografia (graduação em Direito) – Departamento em Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, SE, 2021.
- PINTO, Joana Lediéle Alves. **Terceirização - os riscos da contratação terceirizada para a administração pública e seus reflexos na vida do trabalhador terceirizado.** Monografia de Conclusão de Curso. Porto Alegre. 2022.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **Resistência: o direito do trabalho diz não à terceirização.** 1^a ed. São Paulo: Expressão Popular, 2019.
- VIANA, Márcio Túlio. **Terceirização e sindicato: um enfoque para além do direito.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3^a Região, Belo Horizonte, v. 37, n. 67, p. 117-144, jan./jun. 2003.