



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito

JOÃO VITOR DE SOUSA

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DA CULPA *IN VIGILANDO* NO ÂMBITO DAS
RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS**

Brasília - DF

2024

João Vitor de Sousa

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DA CULPA *IN VIGILANDO* NO ÂMBITO DAS
RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Costa-Neto

Brasília – DF

2024

FOLHA DE APROVAÇÃO

Monografia intitulada “Terceirização na Administração Pública: Critérios de Aferição da Culpa *In Vigilando* no Âmbito das Reclamações Constitucionais”, submetida à banca examinadora em 07/02/2025.

Prof. Dr. João Costa-Neto
Orientador

Prof. MSc. Henrique Porto de Castro
Examinador

Prof. MSc. Luciano Ramos de Oliveira.
Examinador

AGRADECIMENTOS

A minha família, especialmente minha mãe, Elaine, minha madrinha, Fátima, e meu padrinho, João, por me auxiliarem durante toda a minha vida, e por possibilitarem que eu atingisse esta meta.

Aos meus amigos afora da universidade, que sempre me representaram uma âncora emocional essencial. Que estiveram presentes nos momentos bons e ruins e que escutaram todos os meus desabafos e angústias ao decorrer deste curso.

Aos companheiros que a Faculdade de Direito me proporcionou, particularmente Arthur, Vinícius, Moisés, Gabriel, João Pedro, Aline e Talita. Ainda que nossos caminhos inevitavelmente se distanciem com o futuro, as experiências que repartimos nestes anos de curso permanecerão.

Ainda, aos meus superiores e colegas no estágio que realizei por dois anos na Procuradoria Geral do Trabalho. O aprendizado adquirido no 4º Ofício foi impagável e fundamental para que eu me encontrasse nesse campo tão vasto e complexo, sendo de fundamental influência para a escolha do tópico que aqui escrevo.

*The more you know who you are, and what
you want, the less you let things upset you.*

(Sofia Coppola, 2003)

RESUMO

A presente monografia visa averiguar como o Supremo Tribunal Federal, em sede de Reclamações Constitucionais, examina a imposição de responsabilidade subsidiária aos órgãos da Administração Pública nos contratos de terceirização pela Justiça do Trabalho, sob o fundamento da culpa *in vigilando*. Busca-se pontuar, por meio da análise de decisões monocráticas e colegiadas em sede de reclamatórias e agravos, quais são os critérios utilizados pela Suprema Corte para definir, em casos concretos, se existente a devida comprovação de culpa do ente público frente a seu dever de fiscalização e como se dá esta aferição, diante do confronto entre o entendimento fixado pelo Supremo e sua análise dos acórdãos do judiciário laboral. Concluiu-se que, nas jurisprudências estudadas, três pontos se sobressaíram nos julgamentos e nas soluções dos casos, como elementos necessários à imputação de entes estatais: nexo de causalidade entre a omissão dos entes públicos e o dano ao obreiro terceirizado; comportamento reiteradamente negligente e ciência do ente quanto o descumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços.

Palavras-chave: Reclamação Constitucional. *Culpa in vigilando*. Terceirização. Administração Pública.

ABSTRACT

This monograph aims to examine how the Supreme Federal Court, in the context of Constitutional Claims, evaluates the imposition of subsidiary liability on public administration bodies in outsourcing contracts by the Labor Justice system, based on the principle of culpa *in vigilando* (fault in oversight). The objective is to identify, through the analysis of individual and collegiate decisions in claims and appeals, the criteria used by the Supreme Court to determine, in specific cases, whether there is sufficient evidence of the public entity's fault in fulfilling its duty of oversight and how this assessment is conducted, considering the interplay between the Supreme Court's established understanding and its review of labor court rulings. It was concluded that, in the jurisprudence analyzed, three points stood out in the judgments and resolutions of the cases as necessary elements for the attribution of liability to state entities: a causal link between the omission of public entities and the harm suffered by the outsourced worker; repeated negligent behavior; and the entity's awareness of the service provider's failure to fulfill labor obligations.

Keywords: Constitutional Claim, Culpa *in vigilando* (fault in oversight), Outsourcing, Public Administration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 O CRESCIMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO.....	10
2.1 Primeiras Previsões na Administração Pública.....	12
2.2 A Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.....	14
2.3 Fundamentos e Formas da Responsabilidade.....	17
2.4 Da Demonstração de Culpa para o Tribunal Superior do Trabalho.....	24
3 DAS RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	29
3.1 RCL 59.335.....	30
3.2 RCL 50.297.....	33
3.3 RCL 59.493.....	34
3.4 RCL 15.052 AgR.....	36
4 CONCLUSÃO.....	38
Referências.....	41

1 INTRODUÇÃO

A prática da terceirização se tornou uma forma popularizada de contratação trabalhista, sendo crescente o número de vínculos trabalhistas nesse formato a partir das décadas finais do século XX.

Com isso, visando à otimização de resultados e à redução de custos, o modelo passou a ser utilizado também pelos órgãos da Administração Pública nos âmbitos federal, estadual e municipal.

Frente a esse fenômeno, a jurisprudência e a doutrina buscaram adaptar seu entendimento sobre a terceirização, passando a encontrar fundamental regramento jurisprudencial na forma da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Essa Súmula, em um primeiro momento, impunha a responsabilização subsidiária aos entes estatais de forma automática, com base na responsabilidade objetiva.

O entendimento foi, mais tarde, derrubado pelo Supremo Tribunal Federal, que ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, de 2010, e o RE 760.931, de 2017, com reconhecida Repercussão Geral por meio do Tema 246, afastou a imposição automática de responsabilidade que vinha aplicando o Tribunal Superior do Trabalho até então, por entender que deveria ser comprovada, no caso concreto, a culpa do contratante.

Entretanto, o debate persiste na medida em que a Justiça do Trabalho se utiliza de fundamentação genérica, por vezes pouco fundamentada, para embasar a condenação subsidiária de diversos órgãos da Administração Pública, contrariando o mandamento da Suprema Corte. Dessa forma, diversos acórdãos da Obreira vêm sendo cassados por essa Corte em sede de Reclamação Constitucional, uma vez que não são observados os critérios definidos por ela para a condenação dos entes estatais.

Esse é o contexto no qual se insere este trabalho, que tem como objetivo identificar quais elementos de comprovação da culpa da Administração Pública fundamentam sua responsabilização subsidiária no âmbito das Reclamações Constitucionais.

O tema é relevante, uma vez que persistem sendo ajuizadas inúmeras Reclamações ante o Supremo, ou seja, a questão segue sendo objeto de atrito entre Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal. Foi reconhecida nova Repercussão Geral, na forma do paradigma 1118 (ainda a ser julgado), que, enquanto não trata diretamente da caracterização da responsabilidade subsidiária *per se*, visa definir a quem compete o encargo probatório para a comprovação da *culpa in vigilando*.

Metodologicamente, o trabalho foi feito por meio de uma pesquisa bibliográfica, tendo sido feitas consultas a publicações que versavam sobre o tema enfocado. Também é uma pesquisa documental, porque foram consultadas e analisadas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho.

O trabalho foi dividido em dois capítulos, sendo o primeiro deles desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica, analisando-se o desenvolvimento legislativo, jurisprudencial e doutrinário acerca da terceirização e da responsabilidade nesses contratos.

No segundo, foram feitas análises de decisões monocráticas e de acórdãos do Supremo Tribunal Federal em sede de Reclamação Constitucional e Agravos. Buscou-se averiguar quais critérios a Corte utiliza para reputar caracterizada ou não a culpa da Administração Pública em casos concretos, confrontando-a com os acórdãos reclamados da Justiça do Trabalho.

2 O CRESCIMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO

Terceirização é “uma abordagem de gestão que permite delegar a um agente externo a responsabilidade operacional por processos ou serviços até então realizados na empresa”. Pode ser compreendida como um meio de estrutura organizacional que possibilita uma empresa direcionar mais esforços e despender mais recursos à realização de sua atividade-fim, com a delegação ou transferência do desenvolvimento de suas atividades-meios a outra (Enap, 2021, p. 5, 6).

Essa forma de estrutura organizacional “surgiu como ferramenta de gestão de empresas privadas, que, ao reordenar os fatores de produção e racionalizar os custos, pretendiam concentrar esforços na sua competência essencial”. Foi bastante utilizada no período da Segunda Guerra Mundial, ante a necessidade das indústrias de aumentarem a produção, o que demandou um foco maior em suas principais atividades. Após a guerra, essa forma de organização não só teve continuidade como evoluiu, consolidando-se como “uma técnica administrativa eficiente e eficaz, quando aplicada adequadamente” (Enap, 2021, p. 5).

No geral, entre as vantagens da terceirização, podem ser citadas: redução de custos – contenção referente à aquisição de materiais e de equipamentos e à manutenção da infraestrutura empresarial; um planejamento financeiro mais preciso, com a fixação dos gastos para as atividades-meio; otimização de tempo e de esforço de profissionais da empresa com atividades como recrutamento, seleção e admissão de pessoal para essas atividades; segurança de trabalho realizado por pessoas com o devido treinamento e competência (Security, 2023, p. 4,5).

Como técnica eficiente de organização, a terceirização chegou à Administração Pública, fundamentada na perspectiva de “redução da máquina estatal no contexto do abandono do paradigma do Estado do Bem-Estar Social intervencionista ou providencial em prol do modelo de Estado Subsidiário, cuja atuação está centrada no binômio complementariedade e subsidiariedade” (Enap, 2021, p. 6). De acordo com o Ministro Roberto Freire Pimenta, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a terceirização teve uma

complexa evolução normativa e jurisprudencial do tratamento que o fenômeno da terceirização recebeu em nosso país. Basta, por ora, apenas registrar que, no campo da Administração Pública, a terceirização recebeu tratamento legal pioneiro por meio do Decreto-Lei n. 200/67, que, ao pretender promover a reforma administrativa e como forma de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, exortava o administrador público a recorrer, sempre que possível, à execução indireta de tarefas executivas e atividades

internas que, pela natureza altamente especializada ou pela necessidade apenas transitória, não justificariam a criação de carreiras públicas, e isso por meio da contratação de entidades da iniciativa privada (art. 10, § 7º) (Pimenta, 2011, p. 276).

Em números, o crescimento da terceirização no Brasil indica que 80% das empresas no país se utilizam dela de alguma forma, em algum setor, com destinação de cerca de 18,6% de seu orçamento às atividades contratadas; cerca de 4,3 milhões de empregados são terceirizados, ou seja, em torno de 25% dos profissionais do país; o setor de serviços é o que mais se utiliza da terceirização, inclusive com um crescimento de 8,8% mesmo durante a pandemia da Covid-19 (Security, 2023, p. 7).

O fenômeno da terceirização tem gerado animosidade e discussões na seara trabalhista do Direito brasileiro desde as últimas décadas do século XX, quando, por força do artigo 10º do Decreto-Lei nº 200, de 1967, no campo da Administração Federal, vislumbrou-se um modelo de relação de trabalho que viria a se introduzir com tanto vigor no mercado trabalhista brasileiro que, em 2023, representou cerca de 25% dos empregos formais em território nacional (Security, 2023, p. 1).

Essa espécie de relação empregatícia se caracteriza pela “trilateralidade”, diferente da usual bilateralidade dos típicos contratos de trabalho com os quais a sociedade estava familiarizada até a expansão do neoliberalismo. No modelo trilateral, os sujeitos da relação englobam obreiro, empresa prestadora de serviços e o tomador (Delgado, 2019, p. 540).

Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história (Delgado, 2019, p. 549, 550).

O empregado, que no modelo bilateral formaria contrato diretamente com o empregador final, aqui, realiza o pacto laboral com uma firma fornecedora de serviços especializados, a qual, por sua vez, formaliza contrato com uma terceira companhia, a tomadora, esta, que se beneficia, de fato, da mão de obra do trabalhador (Delgado, 2019, p. 540).

Desse modo, o processo de terceirização pode ser definido, de um posto de vista do processo produtivo, como:

[...] a estratégia empresarial que consiste em uma empresa transferir para outra, e sob o risco desta, a atribuição parcial ou integral, da produção de uma mercadoria ou a realização de um serviço, objetivando – isoladamente ou em conjunto – a especialização, a diminuição de custos, a descentralização da produção ou a substituição temporária de trabalhadores (Palmeira Sobrinho, 2006, p. 96).

Como apontado por Palmeira Sobrinho (2006, p. 103), como referido, essa estratégia proporciona algumas vantagens para a organização final, sendo uma delas, o fator essencial para a generalização do modelo, a redução de gastos. A diminuição desses é evidente, uma vez que a empresa tomadora deixa de se responsabilizar por treinamento, capacitação, por eventuais rescisões, por substituições e por outros gastos relativos ao trabalhador terceirizado, repassando esses encargos laborais à firma prestadora.

Entretanto, ao inserir uma figura mediadora na relação de trabalho, o modelo terceirizado cria uma distância entre empregado e aquele para o qual ele presta serviços materialmente, o que, para Delgado (2019, p. 550), “rebaixa o patamar de distribuição material do terceirizado”, comparativamente ao empregado diretamente contratado pela empresa tomadora dos serviços, o que envolve “não apenas o montante remuneratório, como também, o conjunto de vantagens e proteções tradicionalmente conferidas pelo tomador de serviços a seus empregados diretos”.

Por um lado, no viés empresarial, a terceirização é um processo altamente eficaz economicamente, na medida em que gera cortes de gastos e estabelece dinamicidade na contratação de funcionários. Entretanto, para o trabalhador, o modelo pode gerar precarização, distanciamento e incertezas, ao se submeter a uma relação laboral triangular.

Diante dos benefícios mencionados, não é de estranhar que o modelo terceirizador fosse popularizado, aplicando-se não apenas aos setores privados, mas também sendo utilizado como facilitador da execução de atividades na Administração Pública.

2.1 Primeiras Previsões na Administração Pública

Em relação aos órgãos da administração direta, autárquica e fundacional, a terceirização, ainda que não denominada de tal forma, encontrou seus primeiros fundamentos legais nas últimas décadas do século XX (Delgado, 2019, p. 542-543), com a edição do citado Decreto Lei nº 200/67, que previa a ampla descentralização da execução das atividades na Administração Federal, nos termos destacados em seu 10º artigo:

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

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

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

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

§ 2º Em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle.

§ 3º A Administração casuística, assim entendida a decisão de casos individuais, compete, em princípio, ao nível de execução, especialmente aos serviços de natureza local, que estão em contato com os fatos e com o público.

§ 4º Compete à estrutura central de direção o estabelecimento das normas, critérios, programas e princípios, que os serviços responsáveis pela execução são obrigados a respeitar na solução dos casos individuais e no desempenho de suas atribuições.

§ 5º Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes.

§ 6º Os órgãos federais responsáveis pelos programas conservarão a autoridade normativa e exercerão controle e fiscalização indispensáveis sobre a execução local, condicionando-se a liberação dos recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios.

§ 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.

§ 8º A aplicação desse critério está condicionada, em qualquer caso, aos ditames do interesse público e às conveniências da segurança nacional. (grifou-se).

A alínea “c” do §1º e o §7º estabeleceram os termos para a descentralização, de modo a permitir que as atividades materiais executivas, atividades-meio, fossem realizadas de forma indireta. Esse processo ocorreria através de contratos com entidades da iniciativa privada suficientemente capacitadas para a execução das tarefas então descentralizadas. Isso possibilitaria uma concentração maior dos esforços dos membros diretos do ente público nas atividades organizacionais, atividades-fim. (Delgado, 2019, p. 545-546).

Ou seja, ainda que não denominado sob a nomenclatura atual, ficou evidenciado o caráter trilateral de contratação constante no dispositivo analisado, que, já naquele momento, apresentou os princípios do modelo de relação trabalhista triangular.

Entretanto, no citado artigo 10º, não há, de forma clara, uma noção das atividades específicas que seriam delegadas à execução indireta de contratados da esfera privada. Essa lacuna permaneceu até que fosse sancionada a Lei nº 5.645 de 1970 (Delgado, 2019, p. 546),

que dispôs, no parágrafo único de seu artigo 3º, o seguinte: “As atividades relacionadas com **transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas** serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.” (grifou-se).

A partir desse momento, passou-se a ter, concretamente definidas, as funções que poderiam ser preenchidas por empresas do setor privado nos órgãos estatais. Tais funções, como determinado, referem-se às mencionadas atividades-meio, como limpeza, transporte e operação de elevadores, atividades tipicamente de suporte, não abrangendo os cargos finalísticos do corpo administrativo (Delgado, 2019, p. 546).

As décadas que se seguiram a esse Decreto, representaram avanços nas possibilidades de terceirização no setor privado, o que se pode observar com o advento, a exemplo, da Lei nº 6.019/74, a Lei do Trabalho Temporário; da Lei nº 7.102/83, que regularizou a terceirização em serviços de vigilância patrimonial, e das Leis nº 8.987 e nº 9.074, ambas de 1995, que dispunham acerca da concessão de serviços públicos. Essa última revogou aquele parágrafo único supramencionado, da Lei nº 5.645 de 1970, que permitia a execução das atividades de transporte, conservação e outras por entidades da iniciativa privada (Delgado, 2019, p. 539-549).

Ainda que não relacionadas, *per se*, à terceirização nos órgãos da Administração Pública, esses diplomas normativos exerceram grande influência no debate jurisprudencial sobre o tema, levando a máxima Corte Trabalhista à edição da Súmula de Jurisprudência nº 256, que em seguida foi substituída pela Súmula nº 331, um dos pontos de foco da controvérsia aqui tratada.

2.2 A Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Em um primeiro momento, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), diante da inércia legislativa, precisou se debruçar sobre a celeuma acerca da terceirização no campo privado, processo que resultou na edição da Súmula nº 256. Essa Corte manifestou sua posição contrária à terceirização não abarcada pelas Leis nº 6.019/74 e nº 7.102/83, únicas hipóteses de terceirização privada contempladas pelo ordenamento jurídico até então (Delgado, 2019, p. 560, 561).

Todavia, com a flexibilização da legislação e a expansão do modelo contratual trabalhista triangular, mostrou-se necessária a atualização da jurisprudência da Corte sobre o tema, o que levou o Tribunal, em 1993, a retificar o referido verbete, substituindo-o pela Súmula nº 331, cuja versão atualizada dispõe:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (TST, Res.174/2011, DEJT, 24/05/2011)

A leitura dos itens constantes no enunciado evidencia a evolução do debate jus trabalhista relativo à terceirização. O Tribunal, de início, vedou expressamente a contratação de trabalhadores por empresa interposta, impondo a formação do vínculo trabalhista diretamente com o tomador de serviços (item I). Contudo, afastou essa última parte, no caso de a organização final ser entidade da Administração Pública (item II).

Contudo, conforme explicitado por Amorim et al. (2011, p. 70), o tema deve ser analisado à Luz da Constituição de 1988.

O estudo do Direito do Trabalho, e mais especificamente, da terceirização pelo viés constitucional se torna imprescindível na medida em que a CF/88 estabelece em seu art. 37, II, § 2º, a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos como pressuposto de validade para o ingresso em emprego público, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Com base na interpretação orgânica do ordenamento, partindo do viés constitucional, a Corte desenvolveu uma aparelhagem para inibir o reconhecimento de vínculo do trabalhador

com a Administração, como estabelece o item II da Súmula, acima descrito. Entretanto, buscou, também, garantir certa segurança ao terceirizado, como se verá.

Como ensina Di Pietro (2009, p. 218, 220), é perfeitamente possível a terceirização na Administração Pública, como forma de contrato de prestação de serviços, desde que, obrigatoriamente, o processo de contratação seja submetido à licitação, de acordo com a inteligência do artigo 37 da Carta da República, inciso XXI. Segundo esclarece a autora, esses contratos de fornecimento de mão de obra vêm sendo celebrados como forma de “prestação de serviços técnicos especializados”, para assegurar “uma aparência de legalidade”. As pessoas envolvidas nos serviços contratados “não têm qualquer vínculo com a entidade onde prestam serviços, não assumem cargos, empregos ou funções e não se submetem às normas constitucionais sobre servidores públicos.”

Entretanto, não se poderia deixar o trabalhador à própria sorte frente a eventual inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora contratada. Assim, conforme a mesma visão ampla constitucional utilizada, o TST passou a responsabilizar os tomadores desses serviços de forma subsidiária (Amorim et al., 2011, p. 70).

Nesse sentido, Paulo Lobo (2013, p. 14) explica que a constitucionalização do Direito Civil sofreu forte intervenção do legislador infraconstitucional, principalmente em relação à tutela dos contratantes vulneráveis e à proteção da vítima de danos, com a expansão da responsabilidade civil objetiva.

O inciso IV da Súmula 331 evidencia a posição da Corte quanto à responsabilização subsidiária dos tomadores de serviços, impondo a eles o dever de adimplir as verbas trabalhistas em caso de não pagamento dos valores pela empresa prestadora.

Ao analisar o ordenamento vigente à época de forma sistemática, a Corte, opondo a Carta da República à Lei n. 8.666/71, entendeu que a Administração Pública também deveria ser responsabilizada pela inadimplência de seus contratados, apesar de previsão expressa em sentido contrário no parágrafo primeiro do art. 71 dessa lei, de modo a negar vigência a tal (Delgado, 2019, p. 587). O argumento foi exemplificado no voto da Magistrada Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, no julgado AIRR - 26440-73.2004.5.03.0005, de sua relatoria:

Das razões esgrimidas pela parte emerge que sua inconformidade se volta contra o teor do verbete sumular aplicado, em afronta, no seu entender, ao princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso II, da Lei Maior, uma vez que o artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 seria taxativo ao afastar a possibilidade de responsabilização subsidiária da empresa tomadora de serviços, mormente quando empresa pública. **O entendimento consignado**

na Súmula 331/TST, no entanto, visa a evitar o prejuízo do empregado diante da inadimplência da empresa prestadora de serviços, ainda que o tomador dos serviços integre a administração pública direta ou indireta, e teve origem no julgamento, pelo Tribunal Pleno desta Corte, no Incidente de Uniformização Jurisprudencial nº IUJ-RR-297.751/1996, em que analisada a matéria à luz exatamente do preceito legal invocado (artigo 71 da Lei nº 8.666/1993), bem como o artigo 37, § 6º, da Lei Maior. Assim, obrigados por lei os Tribunais a uniformizarem sua jurisprudência, os verbetes sumulares e jurisprudenciais nada mais são do que a síntese do entendimento prevalente na Corte quanto à matéria sobre a qual versam, servindo como norte para a exegese e aplicação dos preceitos de lei nas hipóteses identificadas com os precedentes firmados. Nessa linha, quando este Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio da Súmula 331, definiu o tomador de serviços como responsável subsidiário pelas obrigações trabalhistas das empresas prestadoras de serviços, ainda que integrantes da administração pública direta e indireta, o fez assentado na competência constitucional e legal que lhe é cometida para ditar a uniformização dos julgados, o que não implica, a toda evidência, violação do princípio da legalidade, porque não está se criando ou modificando dispositivo legal, mas sim conferindo a este a interpretação correta dentro de todo sistema legal e constitucional vigente. (AIRR-26440-73.2004.5.03.0005, 5ª Turma, Relatora Juíza Convocada Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DEJT 05/08/2005) (grifos acrescidos.)

O citado artigo 37 da Constituição de 1988, em seu parágrafo sexto, dispõe que “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” (Brasil, 1988).

Assim, o TST entende que não se pode tratar a matéria de modo a prestigiar somente a letra fria da legislação que a regula; deve-se perseguir uma interpretação orgânica, conforme os preceitos da Carta Maior da República, a fim de se evitar um “desequilibrado exercício de poder sobre pessoas humanas e de desproporcional utilização de sua potencialidade laborativa”. (Delgado, 2019, p. 563) Nessas bases, a Corte passou a aplicar a responsabilização subsidiária também à Administração Pública.

2.3 Fundamentos e Formas da Responsabilidade

A responsabilidade está intrinsecamente ligada ao dever de satisfação de dada obrigação, decorrendo da relação jurídica havida entre o devedor e o credor. O cerne da relação obrigacional envolve uma ação ou uma omissão por parte do portador da dívida e pode ser visualizada em dois enfoques: o débito e a responsabilidade (Santos, 2014, p. 78) Conforme esclarece esse autor,

o débito se refere à espontaneidade do cumprimento da prestação, tendo em vista o vínculo que une o devedor ao credor. Contudo, nesse enfoque, o débito não possui o condão de exigência do cumprimento da obrigação, trata-se de ‘simples expectativa de adimplemento por parte do devedor’. Já sob o enfoque da responsabilidade, há exigência de cumprimento da obrigação, sendo que a prestação é cumprida tendo em vista a sujeição do patrimônio do devedor ao direito do credor (Santos, 2014, p. 78)

Partindo de uma relação jurídica obrigacional, é possível a existência de um ou de mais indivíduos, tanto no polo passivo (devedor), quanto no polo ativo (credor), esses últimos com direito ao todo da coisa negociada e aqueles incumbidos de satisfazer totalmente a obrigação (Lobo, 2013, p. 136).

Frente a uma multiplicidade de credores ou de devedores e da confluência de interesses, encontra-se a figura jurídica da obrigação solidária e, em consequência, da responsabilidade solidária, que guarda similitudes com a responsabilização subsidiária.

Nesse modelo, os codevedores perseguem um interesse em comum: a satisfação total da dívida. Pode, qualquer integrante do polo passivo, realizar o adimplemento, sem que exista uma ordem prioritária entre eles. A título exemplificativo, “se duas pessoas causam dano a alguém, são, por imposição legal, codevedores solidários da vítima, satisfazendo-se esta pelo pagamento da indenização por uma daquelas” (Lobo, 2013, p.136).

O instituto encontra previsão legal nos artigos 264 e 285 do Código Civil (CC), tendo o legislador explicitamente conceituado a solidariedade no primeiro deles, que dispõe: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda” (Brasil, 2002).

É imperioso ressaltar que a responsabilidade solidária não se configura presumidamente, conforme estabelecido no artigo seguinte, o 265 do CC; ela decorre de previsão legal ou da vontade das partes (Brasil, 2002).

Além desses dispositivos, o Direito Civil dispõe, tacitamente, sobre algumas hipóteses de responsabilização solidária, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor. O civilista Paulo Lobo explica que

A obrigação solidária é um dos mais poderosos instrumentos de tutela do consumidor. **São solidariamente responsáveis todos os que contribuírem para o lançamento ou circulação de qualquer produto ou serviço**, no mercado de consumo, incluindo o fabricante, o produtor, o distribuidor, o importador, o construtor, o comerciante, o prestador de serviços, qualificados como fornecedores pelo art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. Nesse Código, a solidariedade passiva entre os fornecedores é eleita como diretriz fundamental para facilitar a defesa do consumidor, especialmente **no que concerne à responsabilidade pelos vícios de qualidade, quantidade e**

informação dos produtos e serviços (art. 18). Na hipótese de danos ao consumidor, pelo uso ou utilização de produto ou serviço, "tendo mais de um autor a ofensa" (art. 7º, parágrafo único), **são solidariamente responsáveis** os respectivos fornecedores e terceiros, a exemplo de inserção inexata de informação em bancos de dados, entre estes e quem informou. Igualmente, são solidariamente responsáveis o fornecedor de produto ou serviço e seus prepostos ou representantes autônomos, pelos atos destes (art. 34). Exemplo: "em princípio, considerando o sistema de comercialização de automóvel, através de concessionárias autorizadas, são solidariamente responsáveis o fabricante e o comerciante que aliena o veículo. Tratando-se de responsabilidade solidária, a demanda pode ser direcionada contra qualquer dos coobrigados (Lobo, 2013, p. 138-139). (grifos acrescentados).

Na seara trabalhista, o entendimento também se conformou, encontrando fundamental respaldo no Art. 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista (Delgado, 2019, p. 500-501), que dispõe:

Art. 2º [...]

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego (Brasil, 2017).

No contexto jus trabalhista, a responsabilidade se refere ao dever de “reparar o dano moral ou patrimonial causado a um dos sujeitos da relação de trabalho, em decorrência do vínculo”. Nesse sentido, o Ministro do TST Alexandre Agra Belmonte, esclarece que descumprir as obrigações trabalhistas gera a responsabilidade para o empregador ou para um terceiro garantidor “e, conseqüentemente, o dever de compor o dano causado, quer o moral, quer o patrimonial”. Igualmente são os riscos referentes “à exploração da atividade econômica (art. 2º, caput, da CLT) e a proteção do crédito do trabalhador” (Belmonte, 2007, p. 159).

A possibilidade de responsabilização de empresas componentes de um grupo econômico, ainda que não tenham sido aquela à qual o trabalhador prestou serviços diretamente, proporciona uma base de segurança maior para o obreiro. Possibilita que ele demande o adimplemento das verbas que lhe são devidas não apenas de sua empresa diretamente empregadora. Conseqüentemente, ante o inadimplemento da contratante, é gerada a responsabilidade solidária das demais integrantes do grupo (Delgado, 2019, p. 501).

Convém ressaltar que a responsabilização solidária trata apenas da responsabilização em si, não tendo o condão de criar vínculo empregatício entre o empregado e os demais devedores. Segundo esclarece Delgado (2019, p. 604), não é conferida, ao responsabilizado, a

qualidade jurídica de empregador; reconhece-se, apenas, a responsabilidade pelo pagamento das verbas resultantes.

Partindo do princípio de proteção ao trabalhador, visto na forma solidária, outro método de assegurar seus direitos é a responsabilização subsidiária. Nesse espeque, o fim principal da responsabilidade é garantir ao obreiro (credor) a satisfação de seu crédito. Porém, ao contrário da solidariedade, na responsabilidade subsidiária, não se está diante de uma multitude igualitária de devedores. Nessa figura, existe um devedor principal que, no caso da terceirização, é a firma prestadora de serviços. Por consequência, o adimplemento por parte de um devedor subsidiário, a empresa tomadora – no âmbito da relação triangular trabalhista –, só pode ser exigido caso a satisfação do débito não tenha sido realizada pelo obrigado primário (Santos, 2014, p. 80-81).

A subsidiariedade encontra previsão em outros ramos do Direito, como exemplifica Santos:

Casos bastante comuns de responsabilidade subsidiária são o da fiança e o do sócio perante a sociedade. Neste último, torna-se clara a definição acima referida. Somente haverá a responsabilidade patrimonial do sócio se a sociedade da qual ele faz parte não adimplir o eventual crédito e houver desconsideração da personalidade jurídica da sociedade de acordo com os casos legais, tendo em vista que a sociedade possui patrimônio diverso do de seus sócios, consoante a percepção de serem pessoas distintas (a sociedade, uma pessoa jurídica, e o sócio, via de regra uma pessoa natural ou física), respondendo cada qual pelas suas obrigações (Santos, 2014, p. 81).

A figura da subsidiariedade passaria a ser amplamente utilizada pela Justiça do Trabalho, ainda que não sem dissidências, nos casos de contrato de terceirização nos quais o beneficiário final é a Administração Pública. Essa forma de responsabilização vem ao encontro da jurisprudência que, diante da necessidade de assegurar ao trabalhador o pagamento de seus frutos laborais (Delgado, 2019, p. 585), encontrava entraves para os garantir.

Delgado (2019, p. 571-573) explica que, diante da especificidade da contratação de empregado terceirizado por entes estatais, foram apresentadas três vertentes interpretativas a fim de sanar a celeuma. O autor, aqui, se refere aos casos de terceirização ilícita, porém, o entendimento decorrente da terceira vertente viria a ser utilizado, também, em casos de relações terceirizadas líticas. A primeira delas aplicaria, com mão de ferro, o disposto no artigo 37, inciso dois, da Carta da República, negando qualquer vínculo entre o obreiro e a Administração e, em decorrência, as verbas a que teria direito. A segunda posição visaria ao sentido contrário da anterior, negando vigência ao referido inciso II, de forma que seria reconhecida a relação empregatícia entre o terceirizado e o ente público, situação que violaria flagrantemente a regra

constitucional dos concursos públicos. A terceira vertente buscaria um meio termo, a fim de assegurar, ao terceirizado, a quitação tão somente das verbas trabalhistas a que teria direito, sem ocasionar inobservância do referido parágrafo segundo.

O afastamento desses efeitos antijurídicos da terceirização ilícita suporia **assegurar-se ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas** aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador dos serviços. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho. Verbas trabalhistas apenas — sem retificação, contudo, de CTPS quanto à entidade empregadora formal, já que este tópico é objeto de expressa vedação constitucional.[...] O *empregador formal* (entidade terceirizante) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias. **Iria responder, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços**, na linha já autorizada pela Súmula 331, IV do TST. Tudo sem afronta à essencial (e democrática) vedação do art. 37, *caput*, II e § 2º, CF/88, e sem negativa de eficácia ao também essencial e democrático princípio isonômico incorporado na Constituição de 1988. Felizmente, a jurisprudência, nos anos recentes, pacificou-se nesta direção, conforme bem demonstra a aprovação, em 2010, da OJ 383 da SDI-I do TST. (Delgado, 2019, p. 572-573) (grifou-se).

Ocorre que, ao contrário da forma solidária, a responsabilização subsidiária para os contratos de terceirização não encontra previsão legal; ela é fruto de um esforço hermenêutico e jurisprudencial (Delgado (2019, p. 603, 604). Em parte, o entendimento aparenta ter sido adotado em face da aplicação analógica do artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho (Souto Maior, 2012, p. 1245). Segundo esse Art. 455 - “Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro” (Brasil, 1943).

Apesar da ausência de amparo legal, o TST passou a adotar, com base na nova redação do item IV da Súmula nº 331, dada pela Resolução nº 96/200, a responsabilização subsidiária nos casos de terceirização na Administração Pública, quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora (Amorim et al., 2011, p. 69).

Esse inciso IV, após a citada Resolução, passou a ter a seguinte redação:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na 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 (artigo 71 da Lei nº 8.666/93).

No entanto, a Corte o fazia de forma automática, como se solidária fosse utilizando apenas o não pagamento das verbas laborais como forma de embasar suas decisões. Nesse caso, trata-se da responsabilização objetiva, não adequada para tal.

A imputação da responsabilidade subsidiária aos entes públicos, ante o mero inadimplemento da firma prestadora de serviços, iria claramente em sentido contrário ao da teoria da responsabilidade do Estado. Afinal, a responsabilidade objetiva – que não requer prova de dolo ou culpa – decorre de atos diretos praticados por agentes estatais, o que não se verifica na situação de contrato com empresa terceirizadora, já que esta é causadora do dano (Santos, 2014, p. 84).

Ora, o próprio TST, quando do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96, deixa evidente que a subsidiariedade decorre de ato puramente omissivo da Administração frente ao cumprimento de suas obrigações fiscalizatórias. Observa-se na ementa do julgado:

EMENTA – TST. RR-297751-31.1996.5.04.5555. Quarta Turma. Relator Ministro Milton de Moura Franca. Julgado em 29/11/2000 Enunciado Nº 331, IV. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o Data artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. **Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, dentre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato.** Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas, sobretudo, pelo da moralidade pública, que não ace ita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que causar danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou

decorrência de ato administrativo. Recurso de revista provido para limitar a condenação do reclamado à responsabilidade subsidiária (RR-297751-31.1996.5.04.5555, 4ª Turma, Relator Ministro Milton de Moura Franca, DEJT 09/02/2001). (grifos acrescentados).

Diante disso e com base na inação do ente público contratante, pela teoria da responsabilidade do Estado, deveria se aplicar, aos casos similares, a responsabilidade subjetiva, que comporta, por sua vez, a responsabilização da Administração Pública por conduta omissiva (Santos, 2014, p. 84).

Nesse sentido, no RE 36.861/SP, de 2020, o relator Ministro Edson Fachin, em seu voto, explicou que, nessa “modalidade omissiva de responsabilização do Estado”, é necessário que o ofendido demonstre a falha ou a culpa do agente ou “a falha ou mal funcionamento do serviço público” para poder ser imputado ao ente do Estado o ressarcimento pelo dano causado. Reforçou seu argumento, apoiando-se no posicionamento de doutrinadores, exemplificando com as referências a Celso Bandeira de Mello e a Uadis Lammego Bulis, respectivamente:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma ‘omissão’ do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade ‘subjetiva’. **Com efeito, se o estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano.** Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se ‘descumpriu o dever legal’ que lhe impunha obstar ao evento lesivo. (...) Sua omissão ou deficiência haveria sido ‘condição’ do dano, não ‘causa’. (...) É razoável e impositivo que o Estado responda pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver ‘de direito obrigado a impedi-los’. (...) Ao contrário do que se passa com a responsabilidade do Estado por comportamentos comissivos.

Anote-se que o art. 37, § 6º, reporta-se, apenas, ao comportamento comissivo do Estado. Somente o facere, isto é, a atuação positiva pode gerar efeitos. Tanto é assim que a responsabilidade nele contida é a objetiva. **Do contrário, a responsabilização seria subjetiva, dependendo de procedimento doloso ou culposo.** Isso não significa que as condutas omissivas devam ficar impunes. Ao invés, espera-se que sejam apuradas, na via administrativa disciplinar, com as providências cabíveis. Mas a hipótese, em epígrafe, não trata desse problema. Numa palavra, tomou como arrimo a teoria do risco administrativo (Fachin, 2020, p. 5,6) (grifou-se).

Ou seja, conforme a teoria, necessário seria que fosse comprovada a culpa ou o dolo da Administração em relação ao inadimplemento das verbas trabalhistas, bem como a relação entre o dano sofrido e a conduta do administrador. Isso é diferente da responsabilização automática que o TST vinha aplicando. Também vale lembrar que, como apontado, as decisões do tribunal, embasadas no item IV da Súmula nº 331, negavam vigência ao art. 71, §1º da Lei Federal nº 8.666/93, a Lei de Licitações.

Diante dessas controvérsias, vê-se que o tema se tornou objeto de debate no plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), na forma da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16, de 2010.

O STF, por meio da decisão prolatada no ADC nº 16, em 24/11/2010, ao decidir sobre o tema, afastou a responsabilização objetiva (automática/solidária) que vinha sendo aplicada pelo TST até então, dispersando também a chamada responsabilidade por culpa *in eligendo*, que se daria quando a Administração tivesse cometido falha na seleção da empresa prestadora (Delgado, 2019, p. 561). Afinal, desde que observado o correto processo licitatório, de acordo com Di Pietro (2009, p. 220), não há que se cogitar sobre falha administrativa quanto à firma optada.

A propósito, sobre o processo licitatório, Amorim et al. (2011, p. 80) esclarecem como a fiscalização deve se dar, ante a licitação:

[...] classificada a proposta vencedora, *o contrato administrativo* será automaticamente vinculado a todas as condições de habilitação previstas no edital, assim como a todas as condições contidas na proposta vencedora, especialmente os direitos trabalhistas que compõem o preço do serviço. Por conseguinte, incumbe ao ente público contratante especificar no contrato de prestação de serviços as responsabilidades da empresa contratada em satisfazer os direitos dos seus empregados, nos patamares previstos na planilha de custos, cabendo-lhe, por consequência, fiscalizar o cumprimento integral destas obrigações. Em face desta vinculação, exsurge que a *execução contratual*, no modelo da Lei nº 8.666/93, *vai além do cumprimento do seu estrito objeto*, para abranger todos os aspectos que constituam premissa à satisfação deste objeto contratual, tal como o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada (cujos custos integram o preço do serviço), sob pena de violação direta da proposta vencedora, das condições de habilitação e, portanto, do próprio contrato administrativo (Amorim et al., 2011, p. 80).

Abordando o assunto nessa perspectiva da licitação, Garcia (2021, p. 5,6) explica que a inadimplência da empresa contratada, relativa a encargos trabalhistas, a encargos fiscais ou a encargos comerciais “não pode 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 do artigo 121 da 14.133/2021”. Ele afirma ser “possível dizer que a exclusão da responsabilidade da Administração Pública aplica-se quando esta cumpre as normas sobre licitações, fiscalizando o contrato administrativo firmado com a empresa prestadora dos serviços”.

Todavia, a Corte não barrou a atribuição de qualquer forma de responsabilidade subsidiária à Administração Pública, observando que deveria ser devidamente comprovada a

culpa do órgão na fiscalização do contrato com a empresa licitada (Amorim et al., 2011, p. 73).
Veja-se a ementa da referida ADC 16:

EMENTA - ADC 16/DF. Relator Ministro Cézar Peluso. Julgada em 24/11/2010. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995 (STF, 2010, p. 1).

Em seu voto, ao analisar a constitucionalidade do mencionado artigo, a Ministra Cármen Lúcia ressaltou: “é inegável que, em atenção ao princípio da legalidade, a Administração Pública não pode anuir com o não cumprimento de deveres por entes por ela contratados, do que dá notícia legal a norma em questão”. (STF, 2010, p.36)

Nessa perspectiva, o julgado levanta outra hipótese de culpa da Administração Pública, que se dá em relação aos deveres de fiscalização, a qual é concretizada na forma da culpa *in vigilando*. Conforme explica Delgado (2019, p. 573), “Para o STF, torna-se necessária a presença da culpa *in vigilando* da entidade estatal, ou seja, sua desídia fiscalizatória quanto ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizante (responsabilidade subjetiva, derivada de culpa).”

Nesse cenário, o TST alterou a Súmula 331 em 2011, incluindo o item nº V, com a seguinte redação:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada (TST, Res.174/2011, DEJT, 24/05/2011).

Assim, a depender do caso concreto e em regime de excepcionalidade, pode-se responsabilizar o ente público que tomou os serviços se ficar demonstrado que houve dolo ou culpa na fiscalização do contrato quanto ao cumprimento das obrigações da contratada (Garcia (2021, p. 6).

Esse entendimento foi, mais tarde, corroborado pelo STF no Tema 246, *leading case* RE 760931, julgado em 30/03/2017 e com Repercussão Geral reconhecida em 18/03/2014, que

fixou a tese: “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”. (STF, 2017, p. 4).

Na ocasião, foram estabelecidos parâmetros para se considerar a responsabilização subsidiária. Como explanado no voto do Ministro Luiz Fux, nos Embargos de Declaração referentes ao RE 760931, para que seja configurada a responsabilidade da Administração Pública, é necessária, a comprovação inequívoca de sua conduta culposa e causadora de dano aos empregados do contratado. Veda-se a transferência dos encargos trabalhistas ante o mero inadimplemento pela contratada (STF, 2019, p.10).

2.4 Da Demonstração de Culpa para o Tribunal Superior do Trabalho

Partindo do exposto, é possível chegar ao elemento que visa justificar a responsabilização subsidiária da administração pública nos contratos terceirizados. Todavia, não há consenso entre a jurisprudência do STF e o TST, sobre o que precisamente caracterizaria, no conjunto fático-probatório, de forma taxativa, a culpa do órgão contratante.

Convém salientar que a questão do ônus probatório segue em pauta nas instâncias superiores, na medida em que o TST, baseado no princípio da aptidão para a prova (segundo o qual caberia a demonstração à parte que mais teria capacidade de suportá-la, no caso aqui, o órgão público), segue impondo à Administração Pública o dever de apresentar documentos fiscalizatórios. Já parte da jurisprudência, inclusive do Supremo, entende ser encargo do reclamante. O tema teve Repercussão Geral reconhecida pelo STF, no paradigma 1118.

No âmbito do TST, verifica-se que certas turmas têm adotado o entendimento de que, caso o ente público não apresente provas concretas de fiscalização do contrato, estaria caracterizada a sua culpa *in vigilando*, como se pode abstrair do seguinte julgado:

EMENTA - (Ag-AIRR-11658-18.2020.5.15.0118. Sétima Turma. Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO CARACTERIZADA. Ao julgar a ADC 16, o STF decidiu que o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 é constitucional, mas que isso não impede a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, desde que constatado que o ente público agiu com culpa *in vigilando*. Acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação da Súmula nº 331, incluindo o item V. Registre-se ainda, por oportuno, a recente decisão do STF no RE nº 760.931, com repercussão geral, que exige prova efetiva e concreta da ausência de fiscalização e da

configuração da culpa in vigilando da administração pública. Além disso, a SBDI-1, em sessão realizada no dia 12/12/2019, nos autos dos Embargos E-RR-925-07.2016.5.05.0281, relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, entendeu que a questão relativa ao ônus da prova da fiscalização do contrato tem caráter infraconstitucional, não tendo sido brandida nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no RE 760.931, razão pela qual aquela Subseção fixou a tese de que é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços, repelindo o entendimento de que o encargo é do empregado. **Na hipótese dos autos, o TRT fiscalização, proferiu decisão em consonância com a iterativa e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, notadamente o item V da concluiu que “Quanto à culpa in vigilando, observa-se que o segundo reclamado não juntou aos autos nenhum documento para demonstrar a alegada fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais.** Com efeito, o recorrente deveria ter apresentado, ao menos, os comprovantes de pagamento de salários, guias de recolhimento do FGTS e da contribuição previdenciária, cabendo destacar que foi comprovada a irregularidade nos depósitos do FGTS ao longo do pacto laboral. Portanto, o ente público não apresentou prova de fiscalização adequada, a revelar que a empregadora cumpria com suas obrigações trabalhistas. Logo, forçoso o reconhecimento da culpa in vigilando a autorizar a responsabilização do recorrente pelos créditos devidos”. **Dessa forma, o Tribunal Regional, ao concluir pela culpa in vigilando do ente público com fundamento na ausência de prova da efetiva supramencionada Súmula 331,** incidindo, portanto, o óbice do artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula 333 do TST a inviabilizar o conhecimento do recurso. Assim, tendo em vista que a parte não trouxe, nas razões de agravo, nenhum argumento capaz de infirmar a decisão denegatória do agravo de instrumento, há que ser mantida a decisão. Agravo conhecido e desprovido. (DEJT 16/02/2024). (grifos acrescidos).

Nota-se que, no próprio TST, há dissenso entre as turmas, na medida que outros Ministros entendem ser necessária a demonstração cabal de culpa, não bastando a inércia probatória ou alegação de inefetiva fiscalização, conforme consignado nos paradigmas da Suprema Corte. É o que se extrai do seguinte julgado:

EMENTA – (RR-25-28.2021.5.05.0611. Sexta Turma. Relator Ministro Antonio Fabricio de Matos Gonçalves. Julgado em 11/12/2024. I - AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO. TEMA Nº 1.118 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL. [...] V – RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 246 DO STF. CULPA IN VIGILANDO. NÃO COMPROVAÇÃO. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o precedente vinculante constituído pelo Tema 246 da Repercussão Geral (RE nº 760.931), fixou a tese jurídica segundo a qual “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.” Com isso, o Pretório Excelso deixou claro que a dicção do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, apesar de constitucional, como delimitado por ocasião do julgamento da ADC nº 16, não

representa o afastamento total da responsabilidade civil do Estado em contratos de terceirização, mas, ao revés, **indica a existência de tal responsabilidade em caso de haver elementos de comprovação da culpa do ente público pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas da empresa terceirizada. Considerando que o acórdão regional não está fundado em qualquer ato culposo concreto do ente da Administração Pública na fiscalização do contrato de prestação de serviços, mas no mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora** ou no fato de a parte recorrente ter se beneficiado da força de trabalho do empregado, impõe-se o conhecimento e provimento do recurso de revista, adequando-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em sistemática de repercussão geral, reformando o acórdão recorrido, a fim de excluir a responsabilidade subsidiária atribuída à parte recorrente. Recurso de revista conhecido e provido. (DEJT 13/12/2024). (grifou-se).

Neste passo, ante a ambiguidade e a inconstância das caracterizações de culpa da Administração Pública, no que concerne ao TST, faz-se necessário um esforço para a verificação dos critérios adotados pelo STF que, em sede de Reclamações Constitucionais, tem cassado decisões daquele Tribunal, as quais reconhecem a responsabilidade subsidiária dos entes públicos.

3 DAS RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Reclamação Constitucional é um mecanismo processual por meio do qual se busca assegurar a observância da autoridade em sede constitucional. A finalidade é salvaguardar de forma eficiente e “em tempo hábil” os “direitos fundamentais reconhecidos em súmulas vinculantes ou de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, assim como de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.” Ressalva-se a necessidade primeira de serem esgotadas as instâncias ordinárias, quando se trata de reclamação que vise a “garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos”. (Soares; Juanes, 2024, p. 5) Prevista no art. 102, alínea I da Constituição Federal de 1988, a Reclamação Constitucional (RC) impõe, ao STF, o dever de resguardar a força de suas decisões e preservar sua competência.

Historicamente, a RC resulta de uma construção jurisprudencial acordada pelo STF na “segunda metade do século XX”, “sustentada na teoria dos poderes implícitos (*implied powers*) norte-americana”, especificamente amparada no caso *McCulloch vs Maryland*. Por essa teoria, “se a Constituição atribuiu a um órgão uma atividade-fim, deve-se compreender que também conferiu, implicitamente, todos os meios e poderes necessários para a consecução desta atribuição ou atividade.” Assim, naquele caso, o *Chief of Justice* John Marshall estabeleceu que os estados não deviam intervir em questões do governo federal quando esse estivesse exercendo “seus poderes implícitos em cláusula própria e estruturante para promover seus poderes constitucionais expressamente previstos”. (Batista, 2021, p. 2, 6)

Foi aí que o STF começou a delinear um instituto que se voltasse para preservar sua competência e garantir autoridade a seus julgados. Em seguida, veio a positivação do instituto não sujeito a reexame em determinados atos (*interna corporis*). Posteriormente, sua perspectiva foi ampliada na Constituição de 1967, com o aumento no âmbito de regulação do Regimento Interno da Corte. Na Constituição de 1988, no referido art. 102, I, I, e art. 105, I, f, há previsão explícita da competência do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para processar e julgar “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”. Por último, a RC é prevista de forma expressa no art. 988 do Código de processo Civil (CPC) e passou a constituir uma ação de impugnação autônoma de decisões judiciais. A RC não tem instrumento correspondente no Direito Comparado. (Batista, 2021, p. 7, 8)

Frente às questões apresentadas nos capítulos anteriores, diversas RCs foram ajuizadas, como também seguem outras em ajuizamento, em face das decisões do TST, requerendo o afastamento da responsabilidade subsidiária dos entes da Administração Pública.

Nesse momento processual, apesar da impossibilidade de revisão fática, é verificado o acórdão reclamado a fim de se examinar se a responsabilização se deu conforme os limites traçados na ADC 16 e no Tema 246 da Repercussão Geral. Em outras palavras, apresentam-se dados aptos a caracterizar taxativamente a culpa dos órgãos tomadores de serviços.

Neste momento serão analisadas tanto decisões monocráticas em sede de RC, quanto decisões colegiadas em Agravo, para que se possa verificar não apenas a visão individual dos julgadores, mas também o entendimento majoritário entre as turmas. Visa-se a identificar quais elementos concretos representam para o STF, efetivamente, a culpa da Administração Pública em casos de inadimplemento da firma contratada para com as verbas trabalhistas dos terceirizados, nos contratos de prestação de serviços.

3.1 RCL 59.335

EMENTA - RCL 59.335/PE. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 27/4/2023. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL: IMPROCEDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. DESCUMPRIMENTO DAS DECISÕES PROFERIDAS NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16 E NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 760.931, TEMA 246. **COMPROVAÇÃO DE CULPA DA ENTIDADE ADMINISTRATIVA.** RECLAMAÇÃO À QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (STF/Portal, 2023, p. 1,2) (grifou-se)

Nessa Reclamação, foi alegado, pela parte reclamante, desrespeito às decisões do STF na ADC n. 16 e no RE n. 760.931, Tema 246, sob o fundamento de que a condenação em responsabilidade subsidiária teria se dado de forma automática, contrariando o entendimento fixado nas teses mencionadas (STF/Portal, 2023, p. 2-3).

A Ministra relatora, ao analisar a reclamatória, entendeu que, no caso concreto, não se tratou de presunção de culpa da administração; ficou demonstrada a conduta omissiva quanto da fiscalização contratual. Colacionam-se trechos do acórdão reclamado, descritos no voto da Ministra:

[...] No caso dos autos, a FUNASE **não se desvencilhou do seu encargo probatório, inexistindo nos autos prova da sua efetiva fiscalização no contrato de terceirização de serviços.** Inclusive, o extrato da conta vinculada do FGTS (ID. a5dd205) do trabalhador revela a irregularidade no

recolhimento dos depósitos fundiários pela prestadora de serviços desde a contratação do obreiro, do que se extrai que a tomadora sequer procedeu à verificação das respectivas certidões de regularidade no curso do contrato de prestação de serviços. Além disso, a testemunha de iniciativa do reclamante ouvida em audiência, que era funcionário da FUNASE, afirmou que "trabalhou com ele na FUNASE e o reclamante era vinculado à empresa PREMIUS" e que "era constante a irrisignação dos empregados da PREMIUS reclamando da FUNASE a falta de pagamento de horas extras, noturnas; que inclusive alguns que tinham veículo às vezes colocavam combustível do próprio bolso para irem trabalhar; **que essas reclamações eram no RH da FUNASE**" (ID. 7a67a7e). Portanto, **restou demonstrado que a FUNASE não apenas foi omissa na fiscalização do contrato, como também tinha pleno conhecimento de que a tomadora de serviços vinha negligenciando o pagamento de verbas trabalhistas aos funcionários terceirizados, e não há nos autos quaisquer evidências de que a Administração Pública tenha adotado as providências cabíveis quanto às mencionadas irregularidades.** [...] (STF/Portal, 2023, p.5-6) (grifos acrescidos).

Para a magistrada, o aferimento da responsabilidade subsidiária não se lastreou em presunção ou em imputação genérica, uma vez que se comprovou conduta omissiva específica da reclamante. Ciente da inadimplência da contratada, tendo vista as reclamações dos terceirizados ao departamento de Recursos Humanos da contratante, ela se manteve inerte. (STF/Portal, 2023, p. 6).

A Ministra ainda ressaltou, em seu voto, que havia nexos de causalidade entre a ausência de fiscalização e o dano sofrido, conforme explicitou:

[...] Acrescente-se a isso ter a autoridade reclamada indicado que a contratada havia deixado de recolher depósitos do FGTS em parte do período em que vigorou o contrato de trabalho e que a reclamada "sequer procedeu à verificação das respectivas certidões de regularidade no curso do contrato de prestação de serviços" (e-doc. 11). **Isso denota não ter a reclamante adotado providências de fiscalização sobre o adimplemento das parcelas trabalhistas e previdenciárias devidas àquele que lhe prestava serviços**, sendo os depósitos do FGTS uma das verbas exigidas na reclamatória trabalhista. **Daí a relação de causalidade entre a ausência de fiscalização e o não recolhimento dos depósitos fundiários.** (STF/Portal, 2023, p. 6) (grifou-se).

Nessa senda, considerada a adequação do acórdão reclamado ao decidido nos paradigmas invocados, foi negado seguimento à reclamatória.

Dessa decisão, podem ser extraídos dois elementos centrais à imputação de culpa administrativa: primeiro, o nexo de causalidade, isto é, a relação entre a conduta omissiva do órgão contratante e os danos sofridos pelo obreiro, representado, nesse julgado, pela inércia fiscalizatória da FUNASE e o não depósito de parcelas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Ficou patente, no caso, que, uma vez constatado o não recolhimento das verbas, incumbiria à contratante notificar a empresa contratada, buscando a quitação; segundo,

a ciência do inadimplemento das verbas trabalhistas, como levantado na decisão: “Ao contrário, houve imputação específica de conduta omissiva à Fundação de Atendimento Sócio-educativo de Pernambuco, quando se afirma que esta tinha conhecimento, por seu departamento de Recursos Humanos, que a contratada não vinha adimplindo o pagamento de verbas trabalhistas.” (STF/Portal, 2023, p. 6) Uma vez registradas as queixas diretamente com a contratante, era inviável a alegação de que não possuía conhecimento da inadimplência, novamente se ressaltando a sua inércia frente a tal.

Para a Ministra, esses elementos foram suficientes para se constatar, *in casu*, a culpa da administração, justificando sua responsabilização subsidiária. Entretanto, a demanda foi levada à Primeira Turma por meio de interposição de Agravo. Quando do julgamento pelo colegiado, o entendimento não se manteve, restando vencida a Ministra relatora, conforme a ementa:

EMENTA - AG.REG. NA RCL 59.335/PE. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 07/10/2024. [...] CONSTITUCIONAL, TRABALHISTA E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE ATRIBUIU RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA AO RECLAMANTE SEM A DEMONSTRAÇÃO DE COMPORTAMENTO SISTEMATICAMENTE NEGLIGENTE OU DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO PODER PÚBLICO E O DANO SOFRIDO PELO TRABALHADOR. ALEGADA VIOLAÇÃO AO QUE DECIDIDO NA ADC 16 E NO RE 760.931. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. (STF/Portal, 2024, p. 1)

A turma, por maioria, acolheu o voto do Ministro Alexandre de Moraes, divergente do voto da relatora, que entendeu presumida a responsabilidade:

De certo, no caso sob exame, não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados, tampouco há prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador, a revelar presunção de responsabilidade da parte recorrente – conclusão não admitida por esta CORTE quando do julgamento da ADC 16. (STF/Portal, 2024, p. 16)

A fundamentação do Ministro, particularmente, pouco revela sobre os quesitos necessários à configuração da culpa, limitando-se a afastar a responsabilidade, reputando-a presumida. Foi um procedimento adotado similarmente em outras de suas monocráticas, como nos processos RCL 74496, RCL, 74604 e RCL 74547 (STF/Portal).

Não obstante, os pontos trazidos pela Ministra Carmen Lúcia, quando da decisão em sede puramente reclamatória, auxiliaram a compreensão da matéria, uma vez que podem direcionar a um conjunto de fatores que visam caracterizar a culpa. Isso, considerando-se a teoria da responsabilidade subjetiva a ser aplicada aos casos.

3.2 RCL 50.297

Aqui, novamente, a parte reclamante afirma ter sido responsabilizada de forma automática, invocando violação ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e aos paradigmas fixados na ADC n. 16 e Tema 246 da RG.

De relatoria do Ministro Edson Fachin, a reclamatória teve seu seguimento denegado, tendo o relator considerado que a decisão reclamada se encontrava em consonância com os paradigmas suscitados; não se tratava de responsabilização automática. O Ministro destacou, em sua decisão, trechos do acórdão do Tribunal Regional do Trabalho, entre os quais:

[...]verifica-se a culpa *in vigilando* da CEMIG, porquanto **deixou de comprovar que fiscalizou o cumprimento das obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias pela prestadora de serviços, visto a ausência de documentos relativos às verbas rescisórias, ônus que lhe competia (artigo 373, II, do NCPC), sobretudo em razão do princípio da aptidão para a prova. Vê-se que foram juntados apenas os seguintes documentos: um certificado de curso de introdução a segurança do trabalho (f. 147), ficha de controle de EPI (f. 148), atestado de saúde ocupacional (f. 149), uma guia de recolhimento de FGTS (f. 150), alguns comprovantes de pagamento ao autor (f. 151/152), poucos cartões de ponto (f. 153/155),** entre outros, sendo que o vínculo empregatício iniciou-se em abril/2012 e foi declarado rescindido, em nov/2015, pela sentença recorrida. Como se vê, a Cemig incorreu em omissão fiscalizatória, ou seja, **não houve comprovação daquilo que a legislação realmente exige, ou seja, do envolvimento direto e diário do ente público com a rotina das práticas trabalhistas da empresa contratada.** [...] Logo, é indubitável, que, no caso em tela, incide o dever de indenizar da 2ª ré, porquanto **caracterizadas sua omissão e negligência, as quais ocasionaram lesão a direito do trabalhador** cuja mão de obra foi colocada à sua disposição. (STF, 2021, p. 5-6) (grifos acrescidos).

Dessa forma, ponderou o Ministro que a condenação se deu com base na culpa *in vigilando* da Administração Pública, sob o fundamento que ela teria falhado em seu dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora (STF, 2021, p.4-5). A decisão ressalta que

a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende não haver violação da autoridade da decisão proferida em processo com repercussão geral reconhecida (Tema 246, RE 760.931), pois, conforme se depreende da tese naquela ocasião fixada pelo Plenário da Suprema Corte e acima descrita, o que se veda é a transferência automática da responsabilidade dos encargos trabalhistas ao Poder Público. (STF, 2021, p. 6).

É interessante pontuar que a documentação carreada aos autos pela reclamante não se mostrou apta a comprovar a aderência ao dever fiscalizatório, haja vista ter colacionado poucos comprovantes estritamente relacionados à satisfação dos créditos trabalhistas, considerando-se a duração do vínculo laboral.

Posteriormente, foi interposto Agravo para apreciação da questão pela Segunda Turma, em cuja ementa se transcreve:

EMENTA – AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 50.297/MG. Segunda Turma. Relator Ministro Edson Fachin. Julgado em 21/2/2022. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA “IN VIGILANDO” DEMONSTRADA. RECLAMAÇÃO INVIÁVEL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STF, 2022, p. 1)

Como se vê, foi denegado provimento ao Agravo. Porém, do voto do Ministro Nunes Marques se abstrai entendimento similar ao levantado pela Ministra Cármen Lúcia no julgado anterior. Não obstante, o Ministro, ao divergir do voto relator, entendeu que o Regional imputou a responsabilidade do reclamante de forma automática, apontando:

Não comprovado o comportamento negligente da entidade em relação ao contrato de terceirização e, conseqüentemente, aos terceirizados. Inexiste demonstração do nexo de causalidade entre a omissão ou ação do poder público e o dano que, sofrido pelo trabalhador, justifique a responsabilização da entidade (STF, 2022, p. 27)

Neste espeque, o discordante relembra que não se pode olvidar da necessária comprovação não apenas de ciência da administração quanto à situação de descumprimento dos termos contratuais, como também, de sua inércia frente às ilegalidades (STF, 2022, p.25).

3.3 RCL 59.493

Essa reclamatória, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, ajuizada pelo Estado de Pernambuco, versa sobre responsabilização subsidiária imputada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, invocando a parte reclamada, novamente, violação aos paradigmas citados anteriormente.

Nesse quadro, o Ministro ressaltou como o TST vem se utilizando de argumentação genérica para imputar a subsidiariedade aos órgãos da Administração Pública sob o mero fundamento da não realização de fiscalização efetiva frente ao inadimplemento pela terceirizante, o que, em realidade, trata de responsabilização automática (STF, 2023, p. 2).

Asseverou o Ministro, entretanto, que não se tratava da situação ocorrida em outros julgados, já que havia a presença de fatores configuradores da culpa. Colacionou trechos do acórdão reclamado em sua decisão:

[...]A empregadora do autor, revel e confessa quanto à matéria de fato, foi condenada a pagar, de forma principal, 3 (três) meses de salários atrasados; aviso prévio indenizado de 33 dias e projeção no tempo de serviço; saldo de

salário de 24 dias, 13º salário proporcional, férias proporcionais acrescidas de 1/3 constitucional; indenização referente ao FGTS de todo o período laboral e multa de 40%; indenização do seguro desemprego, vales-transportes devidos ao longo de todo vínculo empregatício 08/01/2017 a 30/09/2019 e vales-alimentação referentes aos últimos 3 meses de trabalho. Ocorre que o ente público **anexou 1 documento demonstrando que solicitou informações à empregadora do autor a respeito do recolhimento do FGTS, apenas referente aos meses de novembro/2017 e dezembro/2017, quando a condenação alcançou o recolhimento de todo o período do vínculo empregatício (08/01/2017 até 30/09/2019)**. Além disso, **há apenas demonstração de solicitação de informações a respeito do salário dos funcionários da prestadora de serviços até agosto/2019**, e não relativo ao último mês de trabalho, setembro/2019, inclusive sem haver sequer o pagamento das verbas rescisórias devidas ao reclamante. Veja-se que **há documentos que demonstram a solicitação de informações a respeito dos salários atrasados, vale transporte, vale alimentação, principalmente referente aos anos de 2017, alguns de 2018 e poucos de 2019**, entretanto, não há qualquer aplicação de penalidade durante a vigência do contrato de trabalho do reclamante. Em verdade, o Ente Público, anexou aos autos a aplicação, tão somente, de 1 penalidade no ano de 2015, quando o pacto laboral do autor iniciou em longínquo janeiro/2017, ou seja, **não há aplicação de penalidade e efetiva fiscalização quanto a todas parcelas contratuais e rescisórias devidas pela ex-empregadora, ora prestadora de serviços**. Concluo, portanto que não há elementos probatórios de que tenha o ente público efetivamente fiscalizado o cumprimento das obrigações por parte da primeira reclamada, configurando-se, assim, a sua culpa in vigilando. [...] (STF, 2023, p. 5-6) (grifou-se).

O Ministro destacou que foi demonstrado o conhecimento e a inércia da prestadora, não tendo tomado as medidas cabíveis (STF, 2023, p. 4).

Pela leitura do acórdão, percebe-se a ciência da tomadora quanto à inadimplência das verbas trabalhistas. A título exemplificativo, uma vez que foi constatado o não pagamento de vales-transportes durante todo o período laboral e verificado haver documentação em posse da reclamante, informando sobre a situação, torna-se inconteste sua inação, ao não aplicar as devidas penalidades.

Convém ressaltar o trecho que menciona a aplicação de penalidade em 2015, na medida que, no caso concreto, dois anos antes do contrato do terceirizado, o órgão já tinha ciência de que a prestadora deixara de realizar o pagamento de encargos trabalhistas de forma correta. Manteve, entretanto, o convênio firmado e a indiferença perante flagrantes ilegalidades.

Assim, o que se aparenta nesse caso é a constatação dos requisitos na forma do nexo de causalidade entre a omissão e a inércia do ente público e o dano sofrido pelo terceirizado; o conhecimento da prática de ilegalidades e o comportamento reiteradamente negligente, representado pela penalidade aplicada previamente ao contrato do obreiro e inação durante seu vínculo.

3.4 RCL 15.052 AgR

Nesses autos, foi ajuizada reclamação em termos similares às anteriores, que teve seu seguimento negado por decisão monocrática do Ministro relator, Dias Toffoli, ao considerar exposta a conduta culposa da Administração Pública. Destaca-se o seguinte trecho do acórdão reclamado:

No caso dos autos, a empresa-recorrida tomou-se inadimplente no que tange ao pagamento das obrigações trabalhistas decorrentes do extinto contrato de emprego. Exsurge clara, portanto, a completa omissão do ente público, na medida em que transferiu a terceiros a execução de serviços públicos e manteve-se inerte no cumprimento de seu dever de permanente fiscalização da contratada e de condicionamento da entrega das parcelas mensais (duodécimos) à efetiva comprovação do cumprimento das obrigações contratuais, razão pela qual deve ser responsabilizado subsidiariamente.’ (STF. 2014, p. 4):

Contudo, diferentemente dos casos citados até agora, esse foi levado ao pleno da Corte por meio de Agravo. Ainda que de data não tão recente (seu procedimento iniciou em 2014 e o acórdão foi publicado em 07/12/2020) e com mudanças em sua composição, trazê-lo aqui se mostra relevante devido à larga discussão entre os Ministros presentes, quanto ao objeto da ação. Foi ementada da seguinte forma:

EMENTA- RCL 15.052 AgR/RO. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 7/12/2020. AGRAVO – RECLAMAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16/DF – VERBETE VINCULANTE Nº 10 DA SÚMULA – ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/1993. A Justiça do Trabalho acabou por generalizar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na tomada de serviços terceirizados, inobservando o disposto no pronunciamento do Tribunal na ação declaratória de constitucionalidade nº 16, quando placitado o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1990, no que exclui a citada responsabilidade. (STF, 2020, p. 1)

De início, o Ministro relator reafirmou sua visão exposta na reclamatória, entendendo que o Estado foi desidioso quanto a seu dever fiscalizatório (STF, 2014, p.13). Foi acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, sob o principal fundamento de que “a Administração não condicionava o pagamento das parcelas devidas à comprovação, pelo contratado, do efetivo pagamento do pessoal terceirizado.” (STF, 2014, p. 24)

A corrente divergente, inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio, entendeu que não restou demonstrada, *in casu*, a culpa do ente público; tratava-se na verdade, de responsabilização automática imposta pelo judiciário trabalhista, com base em argumentação

genérica de omissão fiscalizatória que poderia ser aplicada em qualquer outro caso semelhante (STF, 2020, p. 47).

O Ministro Gilmar Mendes, ao divergir do relator (já em 2020, após a fixação do tema 246 da RG), salientou os principais elementos aferidores já vistos até então:

A jurisprudência de ambas as Turmas tem-se firmado no sentido de que a responsabilização do ente público exige a comprovação nos autos do comportamento reiteradamente negligente da Administração, bem como do nexos causal entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador. É imprescindível a demonstração do conhecimento, pela Administração Pública, da situação de ilegalidade e sua inércia em adotar providências para saná-la, de modo que a simples alegação de ausência de fiscalização ou falta de documentos que a comprovem não são suficientes para caracterizar sua responsabilização. (STF, 2020, p. 38-39):

Contrapondo-se à decisão reclamada, pode-se concluir que, de fato, não restaram demonstrados os elementos necessários à caracterização da culpa da Administração Pública. Ainda que verificada a não exigência de comprovantes de quitação para o pagamento das parcelas, não foi taxativamente comprovado que a Administração Pública tinha ciência do inadimplemento, tampouco sua inércia, comportamento negligente e nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pelo obreiro.

O que se aparenta aqui, nos próprios termos da corrente divergente do pleno, é que foi afirmada genericamente a ausência de fiscalização pelo contratante. É essa condenação subsidiária universalizada, sobretudo, que as turmas do Supremo têm cassado em sede de RC, como se pode extrair de outros julgados, a exemplo dos Rcl 70417 AgR, Rcl 68440 AgR e Rcl 66260 AgR.

4 CONCLUSÃO

Apesar da reconhecida impossibilidade de revisão fática-probatória em sede de Reclamação Constitucional, o que se viu, nas decisões e acórdãos expostos, é que o Supremo Tribunal Federal, em verdade, analisa os fatores que ensejam a responsabilização subsidiária dos órgãos da Administração Pública em contratos de terceirização.

Nesse sentido, o que se apresenta é que a Corte adota critérios específicos para reverter ou não essa responsabilidade. Ainda que não se tenha observado um consenso entre seus membros na visualização concreta dos elementos, são esses que servem de norteadores para a possível cassação dos acórdãos da Justiça do Trabalho, esta que, como percebido, tende a generalizar a imputação da subsidiariedade com embasamento apenas na simples alegação de descumprimento do dever fiscalizatório.

Extrai-se, do levantamento, que existem três pontos sobressalentes a serem constatados no caso concreto, quais sejam: o nexos de causalidade entre a omissão dos entes públicos e o dano ao obreiro terceirizado; seu comportamento reiteradamente negligente e a ciência quanto o descumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços.

O primeiro quesito parece de difícil demonstração. Ora, como se poderia produzir prova inequívoca de que a inação do órgão contratante foi o que gerou o dano ao terceirizado? Afinal, o que acarreta o dano ao trabalhador, senão a própria inadimplência pela firma contratada?

Com isso, vem ao resgate a reclamação vista no item 3.3. Naquele caso, a Administração havia aplicado uma penalidade à prestadora antes mesmo do início do contrato de trabalho do obreiro, fato que demonstrou o prévio saber do órgão sobre haver uma tendência da terceirizante a inadimplir. Ainda se mostra dificultoso afirmar inequivocamente que uma fiscalização mais rigorosa da Administração poderia evitar o dano sofrido, já que, mesmo se tivessem sido aplicadas penalidades e se tivesse promovido a rescisão contratual por conta do não pagamento, se persistisse a inadimplência, o terceirizado permaneceria sem as verbas fruto de seu labor¹.

1. Convém ressaltar que a situação poderá ser evitada para contratos nos quais aplicada a nova lei de licitações (Lei n. 14.133/21), que prevê em seu artigo 121, §3º, II, III e IV: Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:

II - Condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;

III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;

IV - Em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado; (BRASIL, 2021)

Não obstante esses argumentos, nota-se que a vigilância efetiva ainda resguarda o potencial de evitar o dano.

Já o segundo critério é de mais simples verificação. Observada a ciência quanto às ilegalidades e a ausência de notificação ou de qualquer forma de punição, já se pode afirmar que a Administração está a negligenciar o terceirizado. Como representado no item 3.1, em cujo caso foram registradas diversas queixas ao departamento de Recursos Humanos do órgão contratante, foi nítida a inércia. Portanto, houve negligência do ente público, uma vez que não se adotou qualquer providência a fim de se evitar a ocorrência do inadimplemento.

Note-se que, no caso concreto, não apenas o terceirizado litigante registrou reclamações, como essas foram também feitas por vários funcionários. Daí advém o caráter reiterado do comportamento omissivo, que pode se dar não apenas pela quantidade de funcionários afetados, como também pela permanência temporal do abandono, como visto no item 3.3.

Esse último ponto configura o aspecto basilar para a verificação dos elementos anteriores. A ciência das irregularidades é, possivelmente, o maior demonstrador da culpa da Administração. A partir do conhecimento de um comportamento irregular é que se pode aprofundar nos demais indicadores. Deve-se ter em mente que a omissão e a negligência decorrem, primeiramente, de um lugar de cognição, no qual se permanece inerte, apesar do conhecimento do problema. Advém, também, em dada parcela, o nexo causal, uma vez que a ação poderia propiciar um resultado diferente.

Remontando à fala da Ministra Cármen Lúcia na ADC 16, o Estado, diante do conhecimento de ilicitude advinda de seu contratado, frente ao princípio da legalidade, não pode permanecer indiferente; tem o dever de corrigi-la. Seguindo isso, a partir do momento de ciência, deve a Administração notificar e, se necessário, aplicar penalidades à prestadora, para que se preservem os termos contratuais e a legalidade do vínculo.

Nessa senda, viu-se que o Supremo, em sua maioria, entendeu ser imprescindível a presença inequívoca do conjunto desses três preceitos para a efetiva comprovação da culpa *in vigilando*, a fim de embasar a condenação em responsabilidade subsidiária.

Tendo esses quesitos em mente e confrontando-os com decisões da Justiça Laboral, percebe-se que poucos de seus acórdãos possuem uma fundamentação e um conjunto probatório robustos, a ponto de se poder averiguar concretamente os elementos aqui levantados. É utilizada, com frequência, a universalização da culpa *in vigilando* e a imposição genérica da responsabilidade subsidiária estatal.

A obstinação do TST em não adotar critérios mais rigorosos de aferição da culpa da Administração, como imposto pela Corte Máxima na ADC n. 16 e no Tema 246 da Repercussão Geral, é o que acarreta o ajuizamento de inúmeras e repetitivas Reclamações Constitucionais, com a consequente cassação de majoritária parcela dos acórdãos da Especializada.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Helder Santos. DELGADO, Gabriela Neves. VIANA, Márcio Túlio. Terceirização - Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Rev. TST**, v. 77, 2011.
- BATISTA, Fernando Natal. A Reclamação Enquanto Instrumento de Estabilização dos Precedentes Repetitivos e Vinculantes: a Dicotomia de Entendimentos entre o STF e o STJ. **Revista Caderno Virtual**. Portal de Periódicos do IDP. Disponível em: <https://www.portal.deperiodicos.idp.edu.br>. Acesso em: 10 jan 2025. ›
- BELMONTE, Alexandre Agra. Responsabilidade por danos morais nas relações de trabalho. **Rev. TST**, v.73, 2007
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, 18a ed. Editora LTr, 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: 7a ed. Editora Atlas S.A, 2009.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa **A Responsabilidade Da Administração Por Encargos De Empresa Contratada**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021>Acesso em: 7 jan 2025.
- LOBO, Paulo. **Direito Civil - Obrigações**. São Paulo: 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. **Reestruturação produtiva e terceirização: o caso dos trabalhadores das empresas contratadas pela Petrobrás no RN**. 2006. 266 f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Regional; Cultura e Representações) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006.
- SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela Administração Pública - Estudo da responsabilidade subsidiária**. São Paulo: 2a ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2014.
- SECURITY Segurança e Serviços. **Crescimento do mercado de terceirização no Brasil**. G1, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/s>Acesso em: 21 de novembro de 2024.
- SOARES, João Luiz Martins T, JUANES, Flavio Barros B. **Reclamação Constitucional como Mecanismo de Garantia dos Direitos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/> Acesso em: 7 jan 2025.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz **A terceirização sob uma perspectiva humanista**. Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social. Editora Revista dos Tribunais LTDA: Volume I. 2012.