



Received: 06.05.2020  
Accepted: 10.07.2020

<https://doi.org/10.33239/rjtdh.v3.70>

**1** Pós-doutorado no Lus Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional - área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Coordenador e Professor do Curso de Direito da Universidade Norte do Paraná - Unopar/Bandeirante. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/Jacarezinho. Graduando em Filosofia (Licenciatura). Advogado.

<https://orcid.org/0000-0001-6546-1244>

**2** Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/Jacarezinho. Mestre em Direito Constitucional pela ITE - Bauru/SP. Especialista em direito e processo do trabalho pelo UNIVEM - Marília/SP. Professor dos cursos de graduação em Direito da UENP - Jacarezinho/PR, da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos/SP e da UNOPAR - Bandeirantes/PR. Professor convidado dos cursos de pós-graduação lato sensu do ProJuris Cursos Jurídicos - Ourinhos/SP, da UniToledo - Araçatuba/SP. Procurador do Município de Ourinhos/SP

<https://orcid.org/0000-0002-0529-9254>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

# Da responsabilidade subsidiária da Fazenda Pública na terceirização de serviços públicos à luz do julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931

Of the subsidiary responsibility of the National Treasury in the outsourcing of public services in the light of the judgment of Extraordinary Resource no. 760,931

De la responsabilidad subsidiaria del Tesoro Público en la subcontratación de servicios públicos a la luz del juicio de la Apelación Extraordinaria n ° 760,931

**Rogério Piccino Braga<sup>1</sup>**

**Gustavo Henrique Paschoal<sup>2</sup>**

## RESUMO

O artigo trata da responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas de seus contratados, principalmente a partir da decisão do STF proferida no RE 760.931, em 2017. O posicionamento do STF contraria jurisprudência histórica do TST, principalmente no ponto em que retira a possibilidade de responsabilização imediata da Administração Pública, salvo nos casos de débitos previdenciários. A fim de auxiliar a discussão, é feito um estudo sobre a terceirização no Brasil, desde a ausência de regulamentação até a elaboração da Súmula nº 331 do TST, principal instrumento informativo sobre o tema. Ao final, é feita uma análise da decisão do STF proferida no RE 760.931, principalmente em relação aos votos dos Ministros Luiz Fux e Rosa Weber, antagônicos em relação à responsabilização do Estado nos processos de terceirização. Em sede de considerações finais, fica evidente a precarização de direitos a partir da decisão do STF, dentro do espírito do governo brasileiro de flexibilizar e desregularizar direitos trabalhistas historicamente conquistados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terceirização. Flexibilização. Trabalhadores. Precarização. Administração Pública.

## ABSTRACT

The article deals with the responsibility of the Public Administration for the labor debts of its contractors, mainly after the decision of the STF rendered in RE 760,931, in 2017. The position of the STF contradicts the historical jurisprudence of the TST, mainly in the point where it removes the possibility of liability Public Administration, except in cases of social security debts. In order to assist the discussion, a study on outsourcing in Brazil is carried out, from the absence of regulation to the preparation of Summary No. 331 of the TST, the main informative instrument on the subject. At the end, an analysis of the STF decision issued in RE 760,931 is made, mainly in relation to the votes of Ministers Luiz Fux and Rosa Weber, antagonistic in relation to the State's accountability in outsourcing processes. In terms of final considerations, the precariousness of rights is evident from the decision of the STF, within the spirit of the Brazilian government to soften and deregulate labor rights historically conquered.

**KEYWORDS:** Outsourcing; Flexibilization; Workers; Precariousness; Public administration.

**RESUMEN**

El artículo aborda la responsabilidad de la Administración Pública por las deudas laborales de sus contratistas, principalmente después de la decisión del STF dictada en RE 760,931, en 2017. La posición del STF contradice la jurisprudencia histórica del TST, principalmente en el punto en que elimina la posibilidad de responsabilidad de la Administración pública, excepto en casos de deudas de seguridad social. Para ayudar a la discusión, se lleva a cabo un estudio sobre la subcontratación en Brasil, desde la ausencia de regulaciones hasta la preparación del Resumen No. 331 del TST, la principal herramienta de información sobre el tema. Al final, se realiza un análisis de la decisión del STF emitida en RE 760,931, principalmente en relación con los votos de los ministros Luiz Fux y Rosa Weber, antagónicos en relación con la responsabilidad del Estado en los procesos de subcontratación. En términos de consideraciones finales, la precariedad de los derechos es evidente por la decisión del STF, en el espíritu del gobierno brasileño de relajar y desregular los derechos laborales históricamente conquistados.

**PALABRAS CLAVE:** Subcontratación; Flexibilización; Trabajadores; Precariedad; Administración Pública.

**INTRODUÇÃO**

A terceirização, fenômeno que ganhou intensidade no Brasil a partir da década de 1960, sob o mote de agilização das atividades empresariais e diminuição dos custos de produção, permitiu que os empregadores repassassem a terceiros parte da produção, encerrando postos de trabalho formais e criando relações de trabalho precárias e à margem da proteção legal.

E a terceirização atingiu o serviço público. Assim, subverteu-se a lógica do concurso público permitindo-se o repasse de atividades próprias da Administração Pública para a iniciativa privada, por exemplo, limpeza pública, coleta de lixo e vigilância.

Entretanto, diante da ausência de regulamentação legal da terceirização, doutrina e jurisprudência viram-se obrigadas a criar parâmetros para responsabilização dos contratantes de serviços terceirizados, surgindo, assim, a Súmula nº 331 do TST, que ainda é o grande norte quando o assunto é terceirização.

Quanto à Administração Pública, entendeu o TST que, ao contratar serviços terceirizados, despojava-se de seu poder de império e igualava-se aos empregadores privados, de maneira que deveria sofrer a mesma responsabilização dos tomadores privados demandados por trabalhadores terceirizados.

Tal entendimento, contudo, contrariava o disposto no art. 71, §3º da Lei nº 8.666/1993, que isentava o Poder Público de qualquer responsabilidade trabalhista em



relação aos seus contratados, apoiando-se no fato de que a Administração, ao contratar, submete os interessados a rígido processo de escolha por força da licitação.

Com a decisão do STF na ADC nº 16/2007, quando entendeu constitucional o art. 71, §1º da Lei nº 8.666/1993, o TST viu-se obrigado a mudar o entendimento exposto na Súmula nº 331, incluindo, desta feita, novos elementos para responsabilização do Poder Público: culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

Recentemente, porém, o STF propôs novo entendimento acerca da responsabilização do Poder Público nas hipóteses de terceirização, quando do julgamento do RE nº 760.931, assunto este que será tratado no presente artigo.

A pesquisa utilizará a metodologia dedutiva, valendo-se de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, tendo como problema a responsabilização do Poder Público após a decisão do STF que considerou constitucional o art. 71, §1º da Lei nº 8.666/1993 e retirou da Administração Pública a responsabilidade por trabalhadores terceirizados.

## 1. Da evolução jurisprudencial da terceirização no contexto brasileiro

A ideia de terceirização surge no final da década de 1960<sup>1</sup>, durante o grande salto de industrialização no Brasil. Com o aumento da produção, as empresas precisavam de mais empregados, o que aumentava os custos finais de produção. Desta forma, muitas empresas passaram a terceirizar alguns setores da produção, com a ideia de diminuir os custos.

A terceirização enquadra-se como consectário da flexibilização do Direito do Trabalho, a qual, para Guilherme Guimarães Feliciano<sup>2</sup>, é

[...] a diretriz política segundo a qual os imperativos econômicos podem justificar a postergação ou atenuação de direitos sociais *stricto sensu* (direitos trabalhistas) como meio necessário para propiciar o desenvolvimento econômico, condição *sine qua non* para a melhoria social das condições de vida dos assalariados e de seus dependentes.

<sup>1</sup> VIANA, Márcio Túlio. **Para entender a terceirização**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 31.

<sup>2</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de Direito do Trabalho**: Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 135.



Para Gustavo Felipe Barbosa Garcia, a terceirização pode ser entendida como “a transferência da execução de certas atividades da empresa tomadora (ou contratante) a empresas prestadoras de serviços especificados”. Complementa o autor:

Terceirização tem o sentido de prestação de serviços a terceiros. [...] O trabalhador, assim, presta serviços ao ente tomador, mas mantém relação jurídica com a empresa prestadora de serviços. A relação passa a ser triangular ou trilateral, pois na terceirização o empregado da empresa prestadora presta serviços ao tomador<sup>3</sup>.

Maurício Godinho Delgado<sup>4</sup> escreve, sobre o tema, que “o laconismo de regras legais em torno de tão relevante fenômeno sociojurídico conduziu à prática de intensa atividade interpretativa pela jurisprudência, em sua busca de assimilar a inovação sociotrabalhista ao cenário normativo existente no país”.

Na década de 1980 o TST editou a Súmula nº 256 na tentativa de regular a questão da terceirização:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.** Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Em 1994 o TST editou a Súmula nº 331, a qual tratou da questão da terceirização de maneira mais ampla do que a Súmula nº 256, esta última, cancelada em 2003.

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – REVISÃO DO ENUNCIADO N.256.**

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.74).

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

<sup>3</sup> GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: GEN, 2018, p. 395.

<sup>4</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 438.



III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.0.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade a subordinação direta.

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 n. 8.666/93)

Esclarecem Magda Barros Biavaschi e Alisson Droppa que o inc. IV foi incluído, atribuindo responsabilidade subsidiária à Administração direta e indireta, numa clara “reação ao aprofundamento da terceirização no Poder Público. Em 1997, a Reforma Administrativa (PEC 41/97), entre outras medidas, a introduziu na Administração Pública direta e indireta”<sup>5</sup>.

A Súmula nº 331 foi revista pela Resolução/TST nº 174/2011, apresentando-se com a seguinte redação:

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

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

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

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

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

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso

<sup>5</sup> BIAVASCHI, Magda Barros; STROPPIA, Alisson. A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização, *in* **Mediações – Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 16, n.1, p. 124-141, Jan./Jun. 2011, p. 131. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657/8494>. Acesso em 25.06.2018.



evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

A modificação da redação da Súmula deveu-se, em muito, à decisão proferida pelo STF na ADC nº 16/2007, conforme será visto nas linhas que seguem. Passemos à análise detalhada da redação da Súmula nº 331 do TST.

## **2. Da consolidação da terceirização na jurisprudência do TST**

Como já dito nas linhas anteriores, ante a inércia legislativa em regulamentar a questão da terceirização no Brasil, o TST viu-se obrigado a “legislar” acerca do tema, criando regras norteadoras que pudessem trazer um mínimo de ordem aos contratos de terceirização em franca expansão no Brasil.

Apesar das inúmeras lacunas e de alguns conceitos vagos, a Súmula nº 331 do TST trouxe um norte a respeito das terceirizações, cujos direcionamentos passamos a analisar nos itens que seguem.

### **2.1. 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)**

Empresa interposta, para fins trabalhistas, é aquela que intermedeia a contratação de mão de obra, ou seja, tem como produto a ser oferecido no mercado o trabalho humano. O ordenamento jurídico brasileiro não admite que o ser humano seja tratado como mercadoria, de maneira que o inciso I da Súmula nº 331, de plano, abomina a intermediação de mão de obra.



A regra, no entanto, não é absoluta, comportando apenas duas exceções: o trabalho avulso, cuja intermediação é feita pelo sindicato ou pelo órgão gestor de mão de obra, e o trabalho temporário, regulado pela Lei nº 6.019/1974, intermediado pelas empresas de trabalho temporário<sup>6</sup>.

Desta forma, excetuados os casos acima mencionados, a contratação de trabalhadores por intermediários gera o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, ou seja, o contratante, de maneira que o intermediário é excluído da relação jurídica que se forma<sup>7</sup>.

Não há, portanto, relação de subsidiariedade ou de solidariedade relativa ao intermediário: ele é afastado da relação jurídico-trabalhista, restando apenas o trabalhador e o tomador de serviços, que passa a ser o empregador, na forma do art. 2º da CLT.

---

<sup>6</sup> **TRABALHADOR AVULSO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO E RESPONSABILIDADE DA TOMADORA DE SERVIÇOS. SUPOSTA IRREGULARIDADE NA CONTRATAÇÃO. INTERMEDIAÇÃO DE MÃO DE OBRA PELO SINDICATO. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE.** São características peculiares do trabalhador avulso: a) a liberdade na prestação de serviços, pois não tem vínculo nem com o sindicato, tampouco com as empresas tomadoras de serviço; b) a possibilidade da prestação de serviços a mais de uma empresa; c) o órgão sindical é que faz a intermediação da mão de obra, colocando os trabalhadores onde é necessário o serviço, cobrando posteriormente um valor pelos serviços prestados, já incluindo os direitos trabalhistas e os encargos previdenciários e fiscais, e fazendo o rateio entre as pessoas que participam da prestação de serviços; d) o curto período de tempo em que o serviço é prestado ao beneficiário. Além disso, no caso dos autos, após uma acurada análise da prova produzida, infere-se que a reclamante não comprovou, com a robustez necessária, a existência dos requisitos cumulativos exigidos pelo artigo 3º da CLT, para a caracterização do vínculo de emprego. Não constatado, ainda, qualquer indício de fraude na contratação intermediada pelo Sindicato, com consequente prestação dos serviços em favor da 2ª reclamada. Por tais fundamentos, impera negar provimento ao apelo obreiro, para manter a r. sentença de Origem (BRASIL. Tribunal Regional da 15ª Região. Recurso Ordinário: 631 SP 000631/2011. Relatora: Desembargadora Olga Aida Joaquim Gomieri. **Pesquisa de Jurisprudência.** Data de Publicação: 14/01/2011. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17921076/recurso-ordinario-ro-631-sp-000631-2011?ref=serp>. Acesso em 04 ago. 2020).

<sup>7</sup> **INTERMEDIAÇÃO DE MÃO DE OBRA VIA COOPERATIVA DE TRABALHO – atividade-fim DA EMPRESA – FRAUDE (CLT, art. 9º) - VÍNCULO DIRETO COM O TOMADOR (Súmula 331, I, do TST) - VIABILIDADE.** A contratação de pessoal por meio de cooperativa de mão de obra afigura-se fraudulenta, mormente quando o prestador de trabalho se insere na estrutura da empresa, subordinando-se diretamente à sua administração e seus serviços que se destinam ao atendimento da atividade-fim do empreendimento empresarial (BRASIL. Tribunal Regional da 15ª Região. Decisão N° 027857/2010-PATR – Recurso Ordinário. Relator(a): Desembargador José Antonio Pancotti. **Pesquisa de Jurisprudência.** Data de Publicação: 14/05/2010. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18936289/recurso-ordinario-ro-27857-sp-027857-2010/inteiro-teor-104202568>. Acesso em 04 ago. 2020).



## 2.2. 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)

O inciso II da Súmula nº 331 é uma resposta à previsão constitucional da necessidade de concurso público de provas ou de provas e títulos para ingresso no serviço público federal, estadual ou municipal. Ninguém será admitido no serviço público sem a realização do devido concurso público, salvo hipóteses excepcionais previstas na própria CF.

É o que reza o art. 37, inc. II da CF:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

A respeito do tema, fazemos coro às palavras de José Afonso da Silva<sup>8</sup>:

O princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa essencialmente realizar o princípio do mérito que se apura mediante investidura por concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Desta forma, ainda que se verifique a ocorrência de intermediação ilegal de mão de obra, fica o Poder Judiciário impedido de aplicar a regra prevista no inciso I da Súmula nº 331 que impõe o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 679.

<sup>9</sup> **TERCEIRIZAÇÃO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM ENTE PÚBLICO MUNICIPAL. INADMISSIBILIDADE.** A contratação irregular de trabalhador, através de empresa de prestação de serviços, não gera vínculo de emprego com os Órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, haja vista que a contratação de pessoal por estes exige a prévia aprovação em concurso público, consoante o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, como estabelece o Enunciado nº 363 do C. TST (BRASIL. Tribunal Regional da 15ª



### 2.3. 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 personalidade e a subordinação direta

A Súmula nº 331 tratou de regulamentar quais seriam as hipóteses lícitas de terceirização: vigilância, conservação e limpeza e serviços ligados à atividade-meio do tomador.

Sendo lícita a terceirização, surge uma relação triangular entre empresa contratante, empresa contratada e prestador de serviços. Aparece, aqui, a figura da **subordinação estrutural**, conforme leciona Vólia Bomfim Cassar<sup>10</sup>:

Isto quer dizer que, toda vez que o empregado executar serviços essenciais à atividade-fim da empresa, isto é, que se inserem na sua atividade econômica, ele terá uma subordinação estrutural ou integrativa, já que integra o processo produtivo e a dinâmica estrutural de funcionamento da empresa ou do tomador de serviços.

O prestador de serviços mantém com a empresa prestadora de serviços terceirizados vínculo de natureza jurídica empregatícia, na forma do art. 3º da CLT. Já o vínculo do prestador com a empresa contratante do trabalho terceirizado é de trabalho *lato sensu*, na forma do inc. III da Súmula nº 331. Por fim, o vínculo entre as empresas envolvidas é contratual, ou seja, civil, escapando à competência do Direito do Trabalho.

Cabem dois comentários importantes nesta oportunidade. Primeiramente, há que se entender o sentido da expressão atividade-meio, o qual não é bem definido pela Súmula nº 331.

---

Região. Recurso Ex Officio e Ordinário. Decisão nº 002028/2001-SPAJ. Relator(a): Desembargador Domingos Spina. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <http://siacrid.com.br/repositorio/2018/hermeneutica-constitucional.pdf>. Acesso em 04 de ago. 2020).

<sup>10</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed., São Paulo: GEN, 2017, p. 490.



Sobre o tema, Ricardo Resende<sup>11</sup> escreve que “a tendência é considerar como atividade-fim aquela ligada indissociavelmente ao objeto social da empresa, ou seja, aquela sem a qual a empresa não realiza seu objetivo, sua atividade principal”, enquanto que atividade-meio “seria aquela atividade de apoio, importante, mas não essencial para a consecução dos fins do empreendimento”.

Assim, podem ser terceirizados apenas serviços que não componham o núcleo de atividades descritas no objeto social da empresa, pois, caso isso aconteça, a terceirização será ilícita, acarretando o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador dos serviços.

Por outro lado, importante observar que, ainda que as atividades terceirizadas se enquadrem nas hipóteses autorizadas pela Súmula nº 331, não podem estar presentes na relação entre prestador de serviço e tomador os elementos “pessoalidade e subordinação direta”, pois tais elementos caracterizam a existência de vínculo empregatício, conforme prevê o art. 3º da CLT.

Presentes os requisitos do art. 3º da CLT, forma-se, invariavelmente, vínculo de emprego entre prestador de serviços e tomador, de maneira que a terceirização se torna ilícita, acarretando fraude a direitos trabalhistas, na forma do art. 9º da CLT.

#### **2.4. 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**

Sendo lícita a terceirização não há que se reconhecer o vínculo direto com o tomador dos serviços, como prevê o inc. I da Súmula nº 331. No entanto, caso o empregador não cumpra suas obrigações para com o prestador de serviços, o contratante pode ser responsabilizado, de forma subsidiária, pelas verbas trabalhistas não adimplidas.

Por ser subsidiária a responsabilidade do tomador dos serviços, a Súmula nº 331 exige para a responsabilização dele que “conste também do título executivo judicial”. Desta

---

<sup>11</sup> RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado**. São Paulo: Método, 2011, p. 213-214.



forma, se o trabalhador pretende que o tomador dos serviços seja responsabilizado pelos haveres trabalhistas não quitados, é preciso reclamar judicialmente em face do empregador e do tomador dos serviços, a fim de que o nome de ambos figure na sentença.

Como a responsabilidade é subsidiária, o tomador não pode ser responsabilizado de maneira isolada, isto é, o prestador não pode ingressar com a reclamação somente em face do tomador, pois a subsidiariedade exige a tentativa de responsabilização do devedor principal em primeiro lugar.

Por outro lado, entendendo o prestador por reclamar somente em face do empregador, não poderá, posteriormente, incluir na execução o devedor subsidiário, tendo em vista que este não figurou no título executivo judicial e, de acordo com o art. 5º, inc. LIV da CF, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal pressupõe que o executado tenha participado da fase de conhecimento da relação processual e tenha a ele sido garantidos o contraditório e a ampla defesa.

**2.5. 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**

De acordo com a redação anterior da Súmula nº 331, a Justiça do Trabalho, em qualquer caso, poderia reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em caso de terceirização lícita cujas verbas trabalhistas não foram pagas ao trabalhador pelo empregador.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas



públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

A redação da Súmula nº 331, no entanto, conflitava com o texto do art. 71 da Lei nº 8.666/1993, o qual isenta a Administração Pública de responsabilidade em caso de não pagamento de verbas trabalhistas por parte de empresas contratadas em regime de licitação.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.  
§1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

A Justiça do Trabalho, independente da Lei de Licitações, reconhecia a responsabilidade subsidiária do Poder Público, sob a alegação de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/1993. No entanto, por força da ADC nº 16/2007, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, o STF reconheceu a constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações, o que forçou o TST a rever a redação da Súmula nº 331.

Assim, em 2011, o TST deu nova redação à Súmula nº 331, principalmente no concernente à responsabilidade subsidiária da Administração Pública, de maneira que, pelo novo entendimento, o ente público contratante de serviços terceirizados só pode ser responsabilizado subsidiariamente pelos débitos trabalhistas do contratado se restar provada a *culpa in vigilando*, ou seja, ficar demonstrado nos autos que o órgão público contratante, em momento algum, tomou os cuidados necessários a fim de verificar se o contratado paga seus empregados regularmente e de maneira correta<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> **TERCEIRIZAÇÃO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO COMO TOMADORA E BENEFICIÁRIA DOS SERVIÇOS PRESTADOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º E 37 DA CF/88, ARTS. 186 E 187 DO CÓDIGO CIVIL, ART. 67 E 71, §2º DA LEI 8.666/93, SÚMULA 331, V E VI DO C. TST E ADC 16 DO STF.** Nas terceirizações cabe ao tomador e real beneficiário dos serviços prestados exigir, acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empregadora contratada, sob pena de ser chamado a responder pelo comportamento omissivo por culpa in vigilando (artigos 186 e 187 do Código Civil), conforme diretriz da jurisprudência dominante (Súmula 331, V do C. TST). Mesmo em se tratando



A Administração Pública só poderá ser responsabilizada, portanto, se for negligente e não fiscalizar as atividades de seus contratados, não sendo mais suficiente o “mero inadimplemento das obrigações trabalhistas” por parte do empregador.

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

Reconhecida a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços ele será responsabilizado por todas as verbas às quais o devedor principal foi condenado a efetuar o pagamento, independentemente da natureza jurídica da condenação.

Assim, o devedor subsidiário arcará não só com as verbas de natureza salarial, mas também com as de natureza indenizatória bem como com as punições eventualmente aplicadas ao devedor principal.

---

de pessoa jurídica de direito público deve ser mantido referido entendimento, com supedâneo no artigo 37 da CF/88, pois o fato de ter ocorrido um processo de licitação não a desonera do encargo legal de fiscalizar a atuação da contratada. A Lei 8.666/93 estabelece normas para licitações e contratos administrativos no âmbito dos poderes da União, Estados e Municípios, que devem ser interpretadas em conformidade com os preceitos constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, instituídos como fundantes da República, de modo que o disposto em seu artigo 71 não pode ser utilizado incorretamente como escudo de isenção de responsabilidade pela prática de atos lesivos aos direitos do trabalhador, entendimento que está em consonância com o julgamento proferido pelo E. STF na ADC nº 16. Acrescente-se que cabe ao tomador o ônus de comprovar o cumprimento dos requisitos da Lei 8.666/93, não só quanto às questões documentais, mas do fato como um conjunto, pois é a parte que expressamente detém a aptidão para a prova, ou seja, as melhores condições para demonstrar a fiscalização da atuação da empresa quanto ao cumprimento das obrigações legais trabalhistas (carga probatória dinâmica). Ressalte-se que o reconhecimento da subsidiariedade não implica em transferência de responsabilidade, face à necessária observância do benefício de ordem, de sorte que não se restringe apenas aos casos de irregularidade ou fraude na terceirização, abrangendo todas as situações em que o tomador se beneficiou da força de trabalho e deixou de fiscalizar e acompanhar a atuação da contratada (Súmula 331, VI, C. TST) (BRASIL. Tribunal Regional da 15ª Região. TRT15. Recurso Ordinário 0011472-21.2015.5.15.0069. Relator(a): Desembargadora Tereza Aparecida Asta Gemignani, 1ª Câmara. **Pesquisa de Jurisprudência**. Data de Publicação: 01/03/2017. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/435182988/recurso-ordinario-trabalhista-ro-114722120155150069-0011472-2120155150069>. Acesso em: 04 ago. 2020).



### 3. As mudanças oriundas do trabalho do legislador: aspectos normativos das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017

Por força da mencionada lei, o Governo Federal implementou mudanças na Lei nº 6.019/1974, sendo que algumas alterações promovidas são de grande impacto nas relações entre tomadores de serviços e trabalhadores terceirizados.

De positivo, há previsão expressa da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em relação aos haveres laborais não pagos por seus contratados, com exceção dos débitos previdenciários, quando há responsabilidade solidária (art. 10, §7º da Lei nº 6.019/1974).

Importante, também, a imposição de responsabilidade à empresa contratante de garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado, bem como de estender ao trabalhador da empresa de trabalho temporário o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado (art. 9º, §§1º e 2º da Lei nº 6.019/1974).

A mudança mais impactante é a **possibilidade de terceirização das atividades-fim do tomador**, o que, até então, era vedado, em conformidade com o entendimento exposto pelo TST na Súmula 331. Diante deste quadro, o tomador poderá terceirizar não só as atividades periféricas de seu empreendimento, mas também o núcleo de seu objeto social.

A título de exemplo, uma escola que, até aqui, só poderia terceirizar limpeza e vigilância, pode agora relegar a terceiros, inclusive, os postos de trabalho de professor, diretor e auxiliares pedagógicos.

Trata-se, a nosso ver, de um grande **retrocesso dos direitos sociais** previstos na Constituição Federal, tendo em vista que a terceirização acarreta a precarização de direitos. Dados divulgados pelo DIEESE<sup>13</sup> afirmam que os trabalhadores terceirizados ganham, em

---

<sup>13</sup> CUT – Central Única de Trabalhadores Brasil. **Terceirização e desenvolvimento**: uma conta que não fecha. Dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. Secretaria Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014, p. 13. Disponível em



média, 24% a menos que os demais trabalhadores, além de trabalharem, segundo estudo publicado pela CUT<sup>14</sup>, 7,5% (3 horas) a mais.

Apesar de sedutora, ao nosso sentir, é falaciosa a tese de que a terceirização vai possibilitar o aumento dos postos de trabalho. Ora, nenhum empregador vai terceirizar mais postos de trabalho do que aqueles que já possui. Além disso, as empresas terceirizadas não possuem a mesma capacidade econômico-financeira das empresas contratantes, o que gera, como já dito, precarização de direitos e desrespeito ao mínimo previsto na legislação.

Na contramão do pensamento brasileiro, a Rússia, em decisão tomada no ano de 2015, proibiu a terceirização no país a partir de 2016. A informação é trazida pelo site Valor Econômico<sup>15</sup>, que reproduz a fala do Abdegani Shamenov, integrante do conselho nacional do Sindicato dos Trabalhadores da Construção da Rússia, quando afirma seu orgulho com o fim da terceirização no país, haja vista que a prática não aumentou a oferta de emprego, além de diminuir salários e arrecadação de impostos.

A Rede Sustentabilidade ajuizou no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5685 contra a Lei 13.429/2017, que trata da terceirização, sancionada pelo presidente da República no dia 31 de março. O relator da ação é o ministro Gilmar Mendes, conforme informação do site do STF<sup>16</sup>.

A lei que publicou a reforma trabalhista acrescentou à Lei nº 6.019/1974 os art. 4º-A e 5º-A, os quais reforçam a possibilidade de terceirização da atividade-fim do empregador:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade

---

<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2015/04/09/terceirizados-trabalham-3h-a-mais-e-ganham-25-menos-aponta-estudo-da-cut.htm>. Acesso em 07.07.2020.

<sup>14</sup> CUT – Central Única de Trabalhadores Brasil. **Terceirização e desenvolvimento**: uma conta que não fecha. Dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. Secretaria Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014, p. 13. Disponível em <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2015/04/09/terceirizados-trabalham-3h-a-mais-e-ganham-25-menos-aponta-estudo-da-cut.htm>. Acesso em 07.07.2020.

<sup>15</sup> BUENO, Sérgio Ruck. Em vigor há 20 anos, terceirização será proibida na Rússia. **Valor Econômico**, 2015. Disponível em <http://www.valor.com.br/politica/4025386/em-vigor-ha-20-anos-terceirizacao-sera-proibida-na-russia>. Acesso em 06.05.2020.

<sup>16</sup> BRASIL. Rede Sustentabilidade questiona no Supremo Lei da Terceirização. **Supremo Tribunal Federal**, 2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339887>. Acesso em 06.05.2020.



principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

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

Foram acrescentados, ainda, os art. 5º-C e 5º-D, os quais, conforme já explicado anteriormente, tentam coibir a ocorrência da “pejotização”, proibindo que o empregador contrate como terceirizados empregados por ele dispensados nos últimos 18 meses.

#### 4. Responsabilização da Fazenda Pública em consequência do RE 760.931

O STF decidiu, por 6 votos a 5, no RE 760.931, publicado no DOU em 03/04/2017, que a Administração Pública não é responsável pelos haveres trabalhistas devidos por seus contratados. Da ementa do acórdão que julgou o referido recurso é possível extrair o seguinte excerto:

A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

A partir do julgamento do RE 760.931, estabeleceu o STF alguns fundamentos absolutamente criticáveis a respeito da terceirização no Brasil. Primeiramente, entendeu a Corte Suprema que a terceirização, *a contrario sensu* de todas as críticas apresentadas pela doutrina, é necessária para que a Administração Pública possa fazer frente às necessidades dos administrados:

1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo



também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007). 2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, *caput*, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores<sup>17</sup>.

Outro ponto merecedor de críticas é a fixação do conceito de que a terceirização traz benefícios para os trabalhadores, chegando a afirmar, inclusive, que não há precarização das relações de trabalho, fazendo ouvidos moucos à realidade que demonstra a fragilidade das relações firmadas entre empresas e trabalhadores terceirizados:

A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a

---

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931. Relator(a): Ministra Rosa Weber. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão, 30 mar. 2017. Data de Publicação: 12/09/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246>. Acesso em 04 ago. 2020.



outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas<sup>18</sup>.

O voto vencedor foi do Ministro Luiz Fux, acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes. A relatora, Ministra Rosa Weber, foi acompanhada em seu entendimento contrário à tese vencedora pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

Em seu voto, escreveu a Ministra Rosa Weber:

A terceirização já contém em si o estigma de vínculo precário sob diferentes ângulos – essencialidade, pessoalidade, subordinação. O empregado desenvolve atividade que, em tese, não é a principal do tomador de serviços; o tomador de serviços, em tese, não sabe quem é o terceirizado; o terceirizado, em tese, não está subordinado ao tomador de serviços. Não obstante esse quadro, descrito em inúmeras obras acadêmicas sobre o tema, frustra-se qualquer união dos terceirizados para eventual movimento reivindicatório, em face do “fracionamento” do coletivo de empregados da empresa contratada pelos diversos setores da(s) tomadora(s) de serviços. Embora a terceirização, em todas as suas formas, implique, a rigor, na maioria das vezes, precarização, o fenômeno tem se ampliado “como forma de diminuição de custos, prestação de serviços com maior eficiência, produtividade e competitividade, que são objetivos intensamente buscados em tempos de globalização”. Para atingir esses objetivos desconsideram-se, frequentemente, pelos empregadores e tomadores dos serviços, os limites legais impostos com o fim de resguardar os direitos sociais e o valor constitucional do trabalho (CF, artigos 1º, IV, e 170, caput) e assegurar, em última análise, a incolumidade do princípio da dignidade humana, que já se disse, com propriedade, ser o “direito fundamental de todos os direitos fundamentais”<sup>19</sup>.

Por seu turno, votou o Ministro Luiz Fux:

Então, num primeiro momento, eu entendo que, já na contratação, o Poder Público tem capacidade de fiscalizar – não custa nada incluir uma cláusula

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931. Relator(a): Ministra Rosa Weber. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão, 30 mar. 2017. Data de Publicação: 12/09/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246>. Acesso em 04 ago. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931. Relator(a): Ministra Rosa Weber. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão, 30 mar. 2017. Data de Publicação: 12/09/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246>. Acesso em 04 ago. 2020.



no edital ou no contrato que imponha essa fiscalização. E se não fiscalizar, é infração do dever contratual, não precisamos ficar buscando soluções diversas. Mas, num primeiro momento, Senhor Presidente, eu peço toda a vênia, com todo o respeito ao voto magnífico da Ministra Rosa, voto paradigmático, para todos nós, sobre a fusão da função jurisdicional constitucional e o Direito do Trabalho, mas vou me ater à solução da ADC 16 e a *ratio legis* da Lei nº 9.032, que só criou responsabilidade solidária para encargos fiscais previdenciários; e, no mesmo momento que poderia ter erigido uma responsabilidade subsidiária, não o fez. Por isso, entendo que a jurisdição constitucional deve se curvar à deferência em relação ao Legislativo, como sói ocorrer em todos os doutrinadores que abordam os limites da jurisdição constitucional, alguns até com um dom de categorizar e de rotular através de alta criatividade, como, por exemplo, "supremocracia", como se nós fôssemos a instância hegemônica. E, na verdade, a questão da judicialização da política, a questão do ativismo judicial, na verdade, isso é uma blasfêmia, porque o Poder Judiciário não age de ofício. E todo dia chega, no nosso gabinete, uma questão política judicializada, uma questão que não é resolvida e nós é que temos que solucionar, porque há uma regra, na Constituição Federal, de que o Judiciário, uma vez provocado, não pode denegar a prestação da justiça. Alguma solução há de ser dada<sup>20</sup>.

Prevalece, portanto, a redação do art. 71, §2º da Lei nº 8.666/1993, havendo responsabilidade solidária da Administração Pública apenas quanto aos encargos previdenciários, vez que, em seu voto, o Ministro Luiz Fux entendeu que "se quisesse, o legislador teria feito o mesmo em relação aos encargos trabalhistas" e "se não o fez, é porque entende que a Administração Pública já afere, no momento da licitação, a aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada".

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.4.2017<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931. Relator(a): Ministra Rosa Weber. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão, 30 mar. 2017. Data de Publicação: 12/09/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246>. Acesso em 04 ago. 2020.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931. Relator(a): Ministra Rosa Weber. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão, 30 mar. 2017. Data de Publicação: 12/09/2017. Disponível em:



A partir do julgamento do RE nº 760.931, adotado como *leading case*, o STF firmou a Tese de Repercussão Geral nº 246 nos seguintes termos: **“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”**.

Inaplicável, portanto, o entendimento trazido pela Súmula 331 do TST a respeito da possibilidade de responsabilização da Administração Pública, salvo, como já dito, em relação aos débitos de origem previdenciária de forma solidária ou, de forma subsidiária, quando ficar demonstrado que a Administração agiu com culpa *in vigilando* ou culpa *in eligendo*, nos termos da interpretação conforme dada pelo STF ao art. 71, §1º da Lei nº 8.666/1993. Sobre o tema, esclarecedoras as palavras de Juarez Freitas<sup>22</sup>:

Tudo considerado, uma vez presente a antijuridicidade de ação anômala e desproporcional, por falta ou excesso, formar-se-á o nexo de causalidade e, conseqüentemente, surgirá o dever de indenizar. Não se mostra razoável perquirir sobre culpa ou dolo do agente público, nessa qualidade, mas simplesmente acerca da antijuridicidade e da sua extensão.

Neste sentido, aliás, vem decidindo o TST:

[...] Necessário, portanto, que se identifiquem, em cada processo e de forma particularizada, elementos fáticos e jurídicos capazes de caracterizar a culpa da Administração Pública pela omissão fiscalizatória a que está obrigada na contratação de serviços terceirizados, nos termos da Lei nº 8.666/93, aspecto não enfrentado pelo Regional nestes autos, o que impossibilita a segura adequação do caso concreto, ora em discussão, às implicações jurídicas advindas da terceirização na Administração Pública, conforme as diretrizes traçadas pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista a natureza extraordinária do apelo manejado. Isso porque, tendo em vista a limitação da cognição extraordinária aos fatos já consignados na decisão regional, em estrita obediência ao disposto na Súmula nº 126 do Tribunal

---

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246>. Acesso em 04 ago. 2020.

<sup>22</sup> FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 100-101.



Superior do Trabalho, é imperativa a análise explícita pelos Tribunais Regionais do quadro fático à luz da responsabilidade subjetiva. Por consequência, necessário o retorno dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho de origem para que se manifeste sob o enfoque específico da comprovação da culpa *in vigilando* do Poder Público à luz do quadro fático-probatório dos autos<sup>23</sup>.

Saliente-se, ainda, que assente a jurisprudência do TST quanto a ser da Fazenda Pública o ônus de demonstrar a não ocorrência de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Exemplificativamente, colacionamos o seguinte aresto:

RECURSO DE REVISTA DO RÉU. LEI 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DE REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331 DO TST. DEFINIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. REVELIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA CORTE SUPERIOR. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA DA CAUSA. Em relação ao tema em epígrafe, não se constata a transcendência da causa, no aspecto econômico, político, jurídico ou social. No caso, o Tribunal Regional consignou que o ente público não se desincumbiu do ônus de provar haver sido diligente no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Assim, sua condenação subsidiária não contraria a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal e se alinha à jurisprudência pacificada no âmbito desta Corte Superior. A parte não demonstra distinção (*distinguishing*) ou superação do entendimento (*overruling*), a afastar tal compreensão. Portanto, não se afigura a hipótese de transcendência, por nenhum dos indicadores, a ensejar a admissibilidade ao recurso de revista interposto, nos moldes do artigo 896-A, da CLT. Recurso de revista não conhecido<sup>24</sup>.

Tal entendimento, como já defendido nas linhas anteriores deste artigo, reflete o momento por qual passa o Direito do Trabalho no Brasil: a deterioração das relações de trabalho e a precarização de direitos, com a retirada sistemática de direitos historicamente

---

<sup>23</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 115700-47.2008.5.05.0012. Relator(a): Ministro José Roberto Freire Pimenta. **Pesquisa de Jurisprudência**. Data de Publicação: 29/06/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/304426036/tst-judiciario-29-06-2020-pg-3468>. Acesso em: 04 ago. 2020.

<sup>24</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 001142-67.2017.5.12.0007. Relator(a): Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. **Pesquisa de Jurisprudência**. Data de Publicação: 30/06/2020. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/868961487/recurso-de-revista-rr-11426720175120007>. Acesso em: 04 ago. 2020.



conquistados em prol do ideal capitalista do lucro pelo lucro, sendo, pois, uma tentativa de salvaguardar direitos laborais ante o poder de império da Administração Pública.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização é um movimento, ao que parece, inevitável no Brasil, a despeito de outros países, a exemplo da Rússia, estarem proibindo tal comportamento, sob o fundamento de que precariza direitos e não traz vantagens para o contratante, problemas estes que não tocaram o legislador pátrio.

Quando se trata do Poder Público, a questão fica ainda pior, principalmente após o STF entender pela constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei nº 8.666/1993, o qual retira da Administração Pública a responsabilidade por débitos trabalhistas de seus contratados, sob os auspícios do procedimento licitatório que operacionalizou a contratação.

Entendeu o STF que o inadimplemento de deveres trabalhistas pelo contratado não repassa, automaticamente, à Administração Pública contratante o dever de pagar os trabalhadores, salvo se o débito for previdenciário, quando, então, público e privado serão solidariamente responsáveis, ou se restar demonstrado que a Administração agiu culposamente na condução do contrato administrativo, quando responderá, de forma subsidiária, pelos débitos de suas contratadas.

O TST, na esteira do entendimento conforme dado pelo STF, firma entendimento de que, havendo culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando* da Administração Pública, deve esta responder pelos débitos trabalhistas de seus contratados, o que demonstra a clara tentativa do Poder Judiciário de ser o *jus resistantiae* dos trabalhadores frente às mudanças que lhes são claramente prejudiciais.

## REFERÊNCIAS

BIAVASCHI, Magda Barros; STROPPIA, Alisson. A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização, *in* **Mediações – Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 16, n.1, p. 124-141, Jan./Jun. 2011. Disponível em



<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657/8494>. Acesso em 25.06.2018.

BRASIL. Rede Sustentabilidade questiona no Supremo Lei da Terceirização. **Supremo Tribunal Federal**, 2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339887>. Acesso em 06.05.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931. Relator(a): Ministra Rosa Weber. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão, 30 mar. 2017. Data de Publicação: 12/09/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidence=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional da 15ª Região. Recurso Ex Officio e Ordinário. Decisão nº 002028/2001-SPAJ. Relator(a): Desembargador Domingos Spina. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <http://siacrid.com.br/repositorio/2018/hermeneutica-constitucional.pdf>. Acesso em 04 de ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional da 15ª Região. Recurso Ordinário: Nº 027857/2010-PATR – Recurso Ordinário. Relator(a): Desembargador José Antonio Pancotti. **Pesquisa de Jurisprudência**. Data de Publicação: 14/05/2010. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18936289/recurso-ordinario-ro-27857-sp-027857-2010/inteiro-teor-104202568>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional da 15ª Região. Recurso Ordinário: 631 SP 000631/2011. Relatora: Desembargadora Olga Aida Joaquim Gomieri. **Pesquisa de Jurisprudência**. Data de Publicação: 14/01/2011. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17921076/recurso-ordinario-ro-631-sp-000631-2011?ref=serp>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional da 15ª Região. TRT15. Recurso Ordinário 0011472-21.2015.5.15.0069. Relator(a): Desembargadora Tereza Aparecida Asta Gemignani, 1ª Câmara. **Pesquisa de Jurisprudência**. Data de Publicação: 01/03/2017. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/435182988/recurso-ordinario-trabalhista-ro-114722120155150069-0011472-2120155150069>. Acesso em: 04 ago. 2020

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 115700-47.2008.5.05.0012. Relator(a): Ministro José Roberto Freire Pimenta. **Pesquisa de Jurisprudência**. Data de Publicação: 29/06/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/304426036/tst-judiciario-29-06-2020-pg-3468>. Acesso em 04 ago. 2020.



BUENO, Sérgio Ruck. Em vigor há 20 anos, terceirização será proibida na Rússia. **Valor Econômico**, 2015. Disponível em <http://www.valor.com.br/politica/4025386/em-vigor-ha-20-anos-terceirizacao-sera-proibida-na-russia>. Acesso em 06.05.2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14ª edição, São Paulo: GEN, 2017.

CUT – Central Única de Trabalhadores Brasil. **Terceirização e desenvolvimento**: uma conta que não fecha. Dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. Secretaria Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014, p. 13. Disponível em <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2015/04/09/terceirizados-trabalham-3h-a-mais-e-ganham-25-menos-aponta-estudo-da-cut.htm>. Acesso em 07.07.2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de Direito do Trabalho**: Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: GEN, 2018.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado**. São Paulo: Método, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VIANA, Márcio Túlio. **Para entender a terceirização**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.

