

A RESPONSABILIDADE ESTATAL NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: O ESTADO EMPREENDEDOR PAUTADO NA INOVAÇÃO E NOS RISCOS

Eduardo Oliveira Agostinho¹

Guilherme Henrique Auerhahn²

João Paulo Josviak Dresch³

Resumo: As soluções de mercado têm sido objeto de utilização da Administração Pública para que se dê cumprimento aos seus princípios previstos na Constituição Brasileira. Na busca pela eficiência enquanto princípio em sua atuação, por vezes o Estado se torna empreendedor, como pode ser visto no exemplo da terceirização de mão de obra e serviços. O artigo objetiva, através do método hipotético-dedutivo, demonstrar que, a partir da *práxis* do exemplo da terceirização, a Administração Pública quando empreende, assume também os riscos desse empreendedorismo, eis que o próprio empreendedorismo é baseado na inovação e na assunção de riscos. Para trabalhar a hipótese, na

¹ Doutor em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogado.

² Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho da 9ª Região (EMATRA IX). Advogado.

³ Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), advogado, Especialista em Compliance e Governança Jurídica pelo Centro Universitário FAE.

primeira seção são tratadas as linhas gerais sobre a terceirização realizada pela Administração Pública, tratando dos principais marcos legais e jurisprudenciais atinentes ao tema. Na segunda seção, é abordada a possibilidade de responsabilização da Administração Pública em decorrência de inadimplemento contratual por parte do prestador de serviços em relação aos seus funcionários. Posteriormente, na terceira seção, é tratado o conceito de empreendedorismo e de Estado empreendedor. Por fim, é tratada na quarta seção a relação entre empreendedorismo e a terceirização. Concluiu-se que estando o Estado beneficiado por práticas empreendedoras, também compete nos riscos dessa atividade inovadora, devendo ser o empreendedorismo um dos pilares de julgamento nos casos em que o Estado empreende. No caso da distribuição do ônus probatório nos casos de terceirização, juntamente com os aspectos legais e da aptidão probatória, também deve se inserir o empreendedorismo como fonte de julgamento.

Palavras-Chave: Terceirização. Empreendedorismo. Responsabilidade. Administração Pública.

THE STATE RESPONSIBILITY IN OUTSOURCING CONTRACTS SIGNED BY THE PUBLIC ADMINISTRATION IN BRAZIL: THE ENTREPRENEURIAL STATE BASED ON INNOVATION AND RISKS

Abstract: Market solutions have been used by the Public Administration to comply with its principles set out in the Brazilian Constitution. In the search for efficiency as a principle in its performance, the State sometimes becomes an entrepreneur, as can be seen in the example of the outsourcing of labor and services. The article aims, through the hypothetical-deductive method, to demonstrate that, based on the praxis of the example of outsourcing, the Public Administration, when it undertakes, also assumes

the risks of this entrepreneurship, since entrepreneurship itself is based on innovation and risk-taking. In order to work on the hypothesis, the first section deals with the general lines of outsourcing carried out by the Public Administration, dealing with the main legal and jurisprudential frameworks related to the subject. In the second section, the possibility of holding the Public Administration liable as a result of breach of contract by the service provider in relation to its employees is addressed. Subsequently, in the third section, the concept of entrepreneurship and the entrepreneurial State is treated. Finally, the fourth section deals with the relationship between entrepreneurship and outsourcing. It was concluded that since the State benefits from entrepreneurial practices, it also competes in the risks of this innovative activity, and entrepreneurship should be one of the pillars of judgment in cases where the State undertakes. In the case of distribution of the burden of evidence in cases of outsourcing, together with the legal aspects and probative aptitude, entrepreneurship must also be included as a source of judgment.

Keywords: Outsourcing. Entrepreneurship. Responsibility. Public Administration.

1. INTRODUÇÃO



análise proposta pretende abordar, dentro da área jurídica, parte teórica à prática, de forma a aproximar a hipótese formulada com a prática, de modo retratar não só o problema de pesquisa, mas a solução e sua aplicação num mundo real, de forma não utópica.

A partir da análise da utilização do instituto da terceirização em contratos realizados com a Administração Pública, bem como da respectiva responsabilidade do tomador de serviços pelo eventual inadimplemento de verbas trabalhistas por

parte do prestador de serviços, indaga-se a pergunta de pesquisa: O Estado, enquanto empreendedor, concorre com os riscos da atividade do prestador de serviços?

Partindo do método hipotético-dedutivo, apresenta-se a hipótese de que a Administração Pública, ao se utilizar de soluções de mercado para cumprimento das demandas a sociedade, empreende, estando esse lado empreendedor acompanhado da assunção de riscos pela sua iniciativa empreendedora.

A partir da proposta, o desenvolvimento do artigo é dividido em quatro seções, a primeira seção tratará sobre as linhas gerais sobre a terceirização pela Administração Pública, tratando dos principais marcos legais e jurisprudenciais atinentes ao tema.

Na segunda seção trata-se do estabelecimento da responsabilidade da Administração Pública decorrente de eventual inadimplemento contratual por parte do prestador de serviço face aos seus trabalhadores.

Posteriormente, na terceira seção do artigo serão tratados o empreendedorismo e o Estado empreendedor, demonstrando qual é a definição de empreendedorismo, quais são seus fundamentos e qual o impacto do empreendedorismo ao Estado.

Por fim, na última seção, é tratado o nexo entre empreendedorismo e o instituto da terceirização, alinhando a hipótese formulada face a dedução realizada a partir da terceirização e seus contornos de responsabilidade pela Administração Pública, indicando, como marco central, o empreendedorismo estatal.

Como forma de desenvolvimento da estrutura apresentada, é utilizada a pesquisa em documentação indireta, abordando a legislação e a jurisprudência sobre terceirização, bem como conceitos e fundamentos doutrinários e bibliográficos acerca da terceirização e do empreendedorismo, buscando fundamentar a pesquisa realizada, de modo a conceder elementos para confirmação ou não confirmação da hipótese levantada.

2. TERCEIRIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As relações trabalhistas, ordinariamente, decorrem de uma relação entre empregador e empregado, regido o vínculo empregatício pelos elementos caracterizadores da relação empregatícia, sendo trabalho realizado por pessoa física, com pessoalidade, não eventual, de forma onerosa e subordinada, assim como extraído dos artigos 2^o e 3^o, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O fenômeno da terceirização de mão de obra carecia, até a edição das leis 13.429/2017 e 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), de base legal, de modo que a interpretação do instituto era realizada pela Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho.⁶ Com a edição das referidas legislações, o panorama legal foi alterado de forma substancial, inclusive, tendo a lei 13.467/2017 dado nova redação ao artigo 4^o-A, da lei 6.019/1974, que apresenta o conceito legal de terceirização, assim:

Art. 4o-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.⁷

⁴ Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço (...). In: BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, 1º maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 08 jun. 2021.

⁵ Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (...). In: BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, 1º maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 08 jun. 2021.

⁶ DELGADO. Maurício Godinho; DELGADO. Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017. p. 197.

⁷ BRASIL. *Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974*. Dispõe sobre o Trabalho Temporário

Pelo artigo retro, extrai-se que a terceirização é composta por um contrato regido pelo Código Civil, em que o contratante transfere a execução de quaisquer atividades que desejar para pessoa jurídica contratada, possuidora de capacidade econômica compatível com a execução destes serviços. No tocante a possibilidade de execução da atividade principal da empresa contratante por terceiro, a viabilidade é reforçada pelo artigo 5º-A, da lei 6.019/1974.⁸

Com isso, *a priori*, não mais se discute a terceirização de atividade-meio e atividade-fim,⁹ mas sim, pela terceirização como um todo, sem distinção entre atividades secundárias e principais, de apoio ou do próprio objeto final da empresa. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal já decidiu em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 pela viabilidade da terceirização de qualquer atividade, consoante demonstra excerto do ementário da decisão publicada:

(...) Firmo a seguinte tese: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas

nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Diário Oficial da União, Brasília, 3 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm>. Acesso em 08 jun. 2021.

⁸ “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”. In: BRASIL. *Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974*. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Diário Oficial da União, Brasília, 3 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm>. Acesso em 08 jun. 2021.

⁹ “A Doutrina costuma dizer que atividade-meio é a que não está diretamente relacionada à atividade principal do tomador de serviços, é periférica, não essencial, secundária, de apoio, não relacionada ao objetivo empresarial, e da qual a empresa pode prescindir”. (...).

“Já a atividade-fim é a atividade relacionada ao objetivo empresarial, ao produto ou atividade final da empresa, da qual não pode prescindir”. In: SCHIAVI, Mauro. Abrangência da súmula 331 do tribunal superior do trabalho. *Revista do TRT da 2ª Região*, São Paulo, n. 7/2011, p. 29-73. p. 60.

trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”.¹⁰

Assim, a partir da terceirização, a relação trabalhista que originalmente seria firmada a partir do contrato de trabalho, passa a ser uma relação comercial ou civil entre o prestador de serviços (contratado) e o tomador de serviços (contratante).¹¹

O modelo da terceirização, usualmente utilizado na iniciativa privada, também se mostra importante dentro dos interesses da Administração Pública brasileira, tendo em vista que, por vezes, o Poder Público se usa da terceirização fundamentalmente para que o ente estatal possa se dedicar com maior afinco às atividades que lhe são peculiares, bem como para suprir a falta de quadro pessoal que, em tese, deveria ser cumprido pelos concursos públicos na contratação de mão de obra.¹²

Por natureza, a contratação de mão de obra pelo poder público ocorre através da realização de concurso público prévio, assim como previsto no artigo 37, II, da Constituição Federal.¹³ Com a terceirização, a própria dinâmica estabelecida no referido

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324*. D.J.E. 6 set. 2019. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 08 jun. 2021.

¹¹ MARCELINO, Paula; CAVALCANTE, Sávio. Por uma definição de terceirização. *Caderno CRH*, Salvador, v. 25, n. 65, p. 331-346, Maio/Ago. 2012. p. 340.

¹² CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. A terceirização na administração pública: vantagens, desvantagens e ameaças ao regime jurídico das relações do trabalho. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 61 – 80, jul./dez. 2016. p. 69.

¹³ Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (...) *In*. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

artigo é alterada, uma vez que se insere uma pessoa jurídica externa à Administração Pública que irá executar um serviço ou ainda disponibilizar trabalhadores para execução de serviços da administração.

A propósito, a distinção entre a contratação de serviços e a contratação de mão de obra se faz pertinente para compreensão da logística da terceirização. O Poder Público usualmente contrata a execução de serviços por empresa terceira, ou seja, contrata uma empresa privada para executar os serviços de segurança, asseio e afins, pelo outro lado, a contratação de mão de obra de forma terceirizada indica a contratação de uma empresa privada para que forneça trabalhadores para executarem as atividades do tomador de serviços, neste caso, atividades do Poder Público usualmente realizadas pelos servidores públicos.¹⁴

Os postos de trabalho tanto do Poder Público quanto da iniciativa privada, em que pese regidos por diplomas distintos, sejam os “estatutários” quanto os “celetistas”, não deixam de ser postos de trabalho, ou seja, influenciados pelo próprio mercado de trabalho e pela crescente necessidade de especialização da mão de obra. Inclusive, discute-se a quem, na prática, pertencem os postos de trabalho:

No século 19, a resposta era simples: pertence ao dono do negócio, ou seja, ao capital. Em meados do século 20, dizia-se que o posto é propriedade do empresário e do sindicato que, pela via dos contratos coletivos, estipulavam condições para o seu uso. Hoje, o posto de trabalho não pertence nem ao empresário, nem ao sindicato, mas sim ao consumidor. Se o produto não agrada, o consumidor não compra e os empregos definham junto com a empresa.¹⁵

Sendo a terceirização uma possível solução para

¹⁴ FEITOSA, Raymundo J. R.; SILVA, Roberta C. Possíveis inconstitucionalidades na regulamentação da terceirização de serviços na administração pública federal: limites e perspectivas do decreto nº 9507/2018. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 25, n. 10, p. 17 – 34. Jan./abr. 2020. p. 22.

¹⁵ PASTORE, José. Terceirização: uma realidade desamparada pela lei. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 74, n. 4, p. 117 – 135, out/dez. 2008. p. 120.

determinados problemas quanto a prestação de serviços, o Poder Público explora este instituto e começa a regulá-lo para suas finalidades, como pode ser visto na Decreto nº 9.507/2018, que “dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”.¹⁶

Neste Decreto, trata-se, em síntese apertada, da “execução indireta de serviços”, dispondo o referido diploma sobre alguns limites e vedações a esta modalidade de terceirização de serviços em âmbito federal, assim, demonstrando-se que Administração Pública procura soluções do mercado privado para suas deficiências.

Findadas as explicações preambulares, ressalta-se que não há o objetivo de se tecer conclusões e comentários acerca da constitucionalidade e viabilidade da terceirização em âmbito público, tampouco em se realizar juízo de valor quanto a precarização ou não da mão de obra terceirizada, mas objetiva-se abordar o “estado da arte” quanto a responsabilização da Administração Pública em caso de descumprimento pelo prestador de serviços e de mão de obra terceirizados de verbas trabalhistas.

3. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL DE PRESTADORES DE SERVIÇOS E DE MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA

O contrato de prestação de serviços e de contratação de mão de obra terceirizada parte de um contrato civil, ou seja,

¹⁶ BRASIL. *Decreto n. 9.507, de 21 de setembro de 2018*. Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de janeiro de 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9507.htm>. Acesso em: 08 jun. 2021.

regido pelas normas de direito civil e executável no juízo cível em caso de descumprimento pelo tomador de serviços ou pelo prestador de serviços. Neste contrato usualmente estão dispostas as condições da prestação do serviço e o preço estabelecido neste negócio.

O prestador de serviços pretende receber o preço estipulado contratualmente, ao passo que o tomador de serviços espera receber a execução de serviços ou o número de trabalhadores assim como contratado. Ocorre que adversidades alheias a essa relação podem surgir em razão de atitudes por parte dos contratantes que venham a atingir a relação contratual narrada, dentre elas, o descumprimento do contrato de trabalho entre prestador de serviços e trabalhadores, bem como o descumprimento de direitos trabalhistas.

Com o descumprimento contratual, surge o questionamento: Se o empregador não quitar as verbas trabalhistas devidas ao seu trabalhador, pode o tomador de serviços, enquanto Administração Pública, ser responsabilizado pelo seu respectivo pagamento? Caso a resposta seja afirmativa, qual o limite de sua responsabilidade?

Esses questionamentos foram abordados judicialmente, seguindo abaixo os principais marcos da discussão quanto a responsabilização da Administração Pública enquanto tomadora de serviços.

Como dito anteriormente, não havia um conceito de terceirização delimitado dentro do corpo legislativo brasileiro. Na carência dessas legislações, pautava-se o trabalho terceirizado na lei 6.019/1974, que versava sobre o trabalho temporário e, posteriormente, no enunciado nº 256,¹⁷ do Tribunal Superior do

¹⁷ Súmula nº 256 do TST – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE. Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços. *In*: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 256*. D.J. 30 set. 1986. <

Trabalho, de 1986.

Dada a inovação do tema, aliada a complexidade do instituto da terceirização, o Enunciado 256 foi revisto em 1993 e, posteriormente, no ano 2000, foi aprovada a Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que tinha, à época, a seguinte redação:

Súmula nº 331 – 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).

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).¹⁸

Essa inclusão legislativa dos incisos II e IV se deu em resposta ao aprofundamento da terceirização no Poder Público, assim, sendo determinada a responsabilidade da Administração Pública nos casos de inadimplemento por parte da empresa

https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256> Acesso em: 08 jun. 2021.

¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 331*. D.J. 18 set. 2000. <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331> Acesso em: 08 jun. 2021.

prestadora de serviços.¹⁹

Como base aos referidos incisos, baseava-se a súmula 331 na lei 8.666/93, que “regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”.

Com a aplicação da referida lei sobre normas para licitação e contratos da Administração Pública, foi invocado o seu artigo 71, §1º para que se verificasse a existência dessa responsabilidade pelos contratos de terceirização. Diz o referido artigo:

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.

§ 2o A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.²⁰

A partir da redação do artigo citado, restava a dúvida quanto aos limites da responsabilização da Administração Pública em caso de inadimplemento do contratado, se ela inexistia ou se, assim como imposto na súmula 331, do TST, implicariam na sua responsabilização subsidiária.

Em 2010, o tema foi enfrentado em Ação Declaratória de

¹⁹ BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. *A história da súmula 331 do tribunal superior do trabalho*: a alteração na forma de compreender a terceirização. Disponível em: <<https://www.femargs.com.br/uploads/artigos/a-historia-da-sumula-331/a-historia-da-sumula-331.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2021. p. 131.

²⁰ BRASIL. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de junho de 1993 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 08 jun. 2021.

Constitucionalidade nº 16²¹, pelo STF, que compreendeu que, a luz do §1º, do artigo 71, da Lei 8.666/93, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública enquanto tomadora de serviços não é automática, julgando constitucional a norma inscrita na Lei 8.666/93.

Logo após, em 2011, o TST deu nova redação à súmula 331, inserindo alterações ao anterior inciso IV, agora, sendo o inciso V, assim disposto:

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.²²

Como visto, a Administração Pública direta e indireta só responde subsidiariamente caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da lei nº 8.666/93,

²¹ 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". In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16*. D.J.E. 9 set. 2011. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 08 jun. 2021.

²² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 331*. D.J. 27 maio. 2011. <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331> Acesso em: 08 jun. 2021.

especialmente na fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações da prestadora de serviços. No contexto, surge aqui a *culpa in vigilando* que, em síntese do conceito, decorre da ausência de cautela quanto à fiscalização do prestador de serviços em seus deveres contratuais na execução da tarefa à qual foi contratado.²³

No mesmo sentido da ADC nº 16, restou estabelecida a tese firmada em Tema 246, do STF, em que se discutia, tendo como *leading case* o Recurso Extraordinário 760931, a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que, em teoria, vedava a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. A tese firmada foi a seguinte:

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 8.666/93.²⁴

Em finalização da análise da responsabilidade da Administração Pública em caso de inadimplemento contratual pelo prestador de serviços, surge-se o questionamento quanto a quem decorre o ônus probatório de *culpa in vigilando*, se é do reclamante em ação trabalhista que deve comprovar que a Administração Pública faltou com seu dever de fiscalização, ou se é da Administração Pública o ônus probatório de comprovar que fiscalizou a execução do contrato de prestação de serviços.

As decisões provenientes do Tribunal Superior do Trabalho, inclusive, da Subseção de Dissídios Individuais – I²⁵,

²³ MARTINS, Antero Arantes. A súmula 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho e o art. 71, §1º, da lei 8.666/93. *Revista do TRT da 2ª Região*, São Paulo, n. 7, p. 29-73. 2011. p. 43.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema n. 246*. D.J.E. 21 set. 2017. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246#>>. Acesso em 08 jun. 2021.

²⁵ (...) Por esse fundamento e com base no dever ordinário de fiscalização da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos

atribuíam ao Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços.

Sobre o tema, há repercussão geral em Recurso Extraordinário 1298647 no tema 1118, do STF, em que se aguarda o julgamento para definir de quem é o ônus de comprovar a *culpa in vigilando* ou sua ausência de culpa, se é do demandante ou se é do Poder Público.

A partir das definições decorrentes da terceirização por parte da Administração Pública e seus contornos legais e judiciais, parte-se para as noções de empreendedorismo da Administração Pública, pautando a experiência da terceirização dentro do empreendedorismo enquanto princípio implícito da Constituição Federal Brasileira, e, dentro do conceito de empreendedorismo, qual o reflexo prático dentro das responsabilidades da Administração Pública enquanto tomadora de serviços.

4. O EMPREENDEDORISMO E O ESTADO EMPREENDEDOR.

A acumulação de capital e a noção de lucratividade usualmente permeiam a definição popular de um empreendedor de sucessos. Nesta noção, o enriquecimento financeiro e o poder de

dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, caput e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços. No caso, o Tribunal Regional consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público são insuficientes à prova de que houve diligência no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia. A Egrégia Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual merece reforma a decisão embargada, a fim de restabelecer o acórdão regional. Recurso de embargos conhecido e provido. Mascarenhas Brandao, DEJT 22/05/2020). *In*: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 0000925-07.2016.5.05.0281*. D.E.J.T.: 22 mai. 2020. Relator: Ministro Cláudio Brandão. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 09 jun. 2021.

barganha não necessariamente alinham-se com as definições de empreendedorismo, seja na visão econômica de Schumpeter ou ainda no empreendedorismo enquanto princípio constitucional.

O conceito de empreendedorismo, atualmente, é heterogêneo, sendo interpretado e tomando forma de acordo com seus diversos contextos, seja dentro do domínio social, político e institucional, encontrando como terreno mais fértil a economia.²⁶

Numa história recente na conceituação do empreendedorismo, o economista Schumpeter trouxe importantes contribuições na primeira metade do século XX, seja na sua visão acerca do *homo economicus*, ou ainda na sua visão acerca da inovação, ligada fortemente ao empreendedorismo²⁷. Para Schumpeter, a progressiva simplificação das atividades econômicas dos ramos empresariais proporciona o surgimento de novos empresários, em que, no ramo industrial, vê-se o aparecimento de uma singular inovação, até que essa inovação acaba se tornando habitual.²⁸

A inovação, portanto, é o que faz o empresário se tornar um empreendedor, tendo como uma de suas atividades centrais a de introduzir novos bens, métodos de produção, novos mercados e novas fontes de fornecimento de matéria-prima.²⁹

Nesse mesmo sentido, não necessariamente a criação de um novo negócio por um investidor o faz um empreendedor, assim como uma grande empresa já consolidada não necessariamente se faz empreendedora na sua atuação.

A grande razão para esse choque é em razão da existência

²⁶ ALMEIDA, Joana Gomes de *et al.* Desemprego e empreendedorismo: da ambiguidade da relação conceitual à eficácia das práticas de intervenção social. *Revista Plural*. São Paulo, v. 20, n.1, jan./jun., p. 31-55, 2013. p. 37.

²⁷ ALMEIDA, Joana Gomes de *et al.* Desemprego e empreendedorismo: da ambiguidade da relação conceitual à eficácia das práticas de intervenção social. *Revista Plural*. São Paulo, v. 20, n.1, jan./jun., p. 31-55, 2013. p. 37.

²⁸ SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do desenvolvimento econômico*: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução de Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural. 1997. p. 215.

²⁹ ALMEIDA, Fernanda Maria *et al.* A contribuição do empreendedorismo para o crescimento econômico dos estados brasileiros. *Revista de Empreendedorismo e Gestão de Pequenas Empresas*. v. 6, n. 3, p. p. 466-494, set./dez. 2017. p. 468.

de uma diferença entre o investidor e o empreendedor. A figura do investidor é pautada no investimento do seu capital em determinado negócio, ao passo que o empreendedor é aquele que “cria algo novo, algo diferente; ele muda ou transmuta valores”.³⁰

Não é a criação de uma nova lanchonete que faz de seus sócios empreendedores, mas sim, o que os torna é o caráter de inovação dentro de seu empreendimento, seja na confecção dos alimentos, seja na publicidade, ou na própria gestão do negócio.³¹

Uma segunda característica inerente ao empreendedorismo é o risco. Não se confunde o risco com uma situação de incerteza. Incerteza é considerada como sendo uma situação expressa por valores indeterminados e não quantificáveis, ou seja, uma probabilidade numericamente imensurável, ao passo que o risco é considerado uma probabilidade mensurável³². Neste sentido, por um lado, a mudança econômica de forma inovadora faz parte do empreendedorismo, porém, em igual escala, o resultado tido pelo empreendedor parte também do resultado do risco assumido.³³

A inovação promove uma válvula de escape do indivíduo aos problemas e soluções já testadas, fazendo com que planeje e racionalize persistentemente as suas ações enquanto empreendedores, ao passo que os riscos fazem com o que o empreendedor

³⁰ DRUCKER, Peter F. *Innovation and entrepreneurship: practice and principles*. New York: HarperCollins Publishers. 2006. p. 22.

³¹ O autor exemplifica o empreendedorismo com o exemplo da rede McDonald's, indicando que não foram os lanches que fizeram o diferencial no seu negócio, nem ao menos eram novidades os hambúrgueres. O diferencial no modelo de negócio adotado, a inovação trazida no modelo de negócio, criando um novo mercado e novos consumidores. In: DRUCKER, Peter F. *Innovation and entrepreneurship: practice and principles*. New York: HarperCollins Publishers. 2006. p. 22.

³² ANDRADE, Rogério P. de. A construção do conceito de incerteza: uma comparação das contribuições de Knight, Keynes, Shackle e Davidson. *Revista Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 21, n. 2, p. 171-195, mai./ago. 2011. p. 172.

³³ KNIGHT, Frank Hyneman. *Risk, uncertainty and profit*. Cambridge: Riverside Press, 1921. p. 48.

esteja no controle de sua própria intuição, exigindo assim uma disposição maior do que o usual por não poder tomar como base o senso comum.³⁴

Dadas as definições, é possível sintetizar a figura do empreendedor como sendo o indivíduo que inicia e/ou opera um empreendimento para realizar uma ideia ou projeto pessoal assumindo riscos e responsabilidades e inovando continuamente.³⁵ Estando pautado o empreendedorismo em inovação e riscos, não é estranho atrelar as grandes inovações tidas na história da humanidade aos empreendedores, que comportam a carga de materializar as próprias ideias na prática, de modo que sem o empreendedorismo privado, não há a sobrevivência da coletividade, ao passo que sem o empreendedorismo público, a coletividade apenas consegue sobreviver se “promover as mudanças no âmbito público necessárias para a retomada das condições que assegurem a dignidade, o bem estar, a saúde, a segurança. Sempre se espera, obviamente, que esse processo se opere mediante medidas lícitas, pacíficas e civilizadas”.³⁶

Afastando o empreendedorismo conceitual e atraindo o conceito de empreendedorismo para um viés constitucional, ele emerge como um princípio implícito da Constituição da República Federativa do Brasil, estando presente como fundamento da República enquanto caminho para consecução da proteção aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como, a partir do empreendedorismo, seja público ou privado, se faz possível cumprir os objetivos da República.

Aliado ao empreendedorismo enquanto princípio constitucional, demanda-se o empreendedorismo público, promovido

³⁴ MARTES, Ana Cristina Braga. Weber e Schumpeter: a ação econômica do empreendedor. *Revista de Economia Política*, v. 30, n. 2, p. 254-270, abr./jun. 2010. p. 262.

³⁵ CHIAVENATO, Idalberto. *Empreendedorismo: dando asas ao espírito empreendedor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 17.

³⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. Ineficiência, corrupção e seus efeitos sobre o empreendedorismo e sobre o desenvolvimento. In: Blanchet, Luiz Alberto et al (Coord.) *Eficiência e ética na administração pública*. Curitiba: Íthala, 2015. p. 154.

pelo Estado, surgindo assim o Estado empreendedor. O Estado empreende movido pelo princípio da eficiência da Administração Pública, que pressupõe uma mente empreendedora para a observação do referido princípio.³⁷

O princípio da eficiência, consagrado no artigo 37 da Constituição Federal, remete-se não só a eficiência econômica, mas também a eficácia e a celeridade, tomando para si um conceito pluridimensional, assim, sendo a eficiência uma garantia de sucesso ao modelo constitucional de Estado social,³⁸ sendo que os agentes públicos, em momento algum, serão eficientes caso não inovem em sua atuação, criando soluções inéditas e adequadas às problemáticas inerentes das atividades competentes ao Poder Público.³⁹

Nasce, do empreendedorismo enquanto princípio constitucional e do princípio da eficiência, o Estado empreendedor. Identificado conceito do empreendedorismo e a essência do Estado empreendedor, pautado na inovação e na assunção de riscos para promover novas soluções aos problemas dos agentes públicos, denota-se a importância da noção de empreendedorismo dentro dos julgamentos do Estado empreendedor, como possível observar na questão de terceirização de serviços e de mão de obra pelo Poder Público.

5. O ESTADO EMPREENDEDOR E A TERCEIRIZAÇÃO.

As contratações por parte da Administração Pública partem de regramentos específicos. Na contratação de mão de obra,

³⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. Ineficiência, corrupção e seus efeitos sobre o empreendedorismo e sobre o desenvolvimento. *In: Blanchet, Luiz Alberto et al (Coord.) Eficiência e ética na administração pública*. Curitiba: Íthala, 2015. p. 154.

³⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. p. 220 e 221.

³⁹ BLANCHET, Luiz Alberto. Ineficiência, corrupção e seus efeitos sobre o empreendedorismo e sobre o desenvolvimento. *In: Blanchet, Luiz Alberto et al (Coord.) Eficiência e ética na administração pública*. Curitiba: Íthala, 2015. p. 154.

em regra geral, são realizadas por meio de concurso público, assim como determinado pelo artigo 37, II, da Constituição Federal. Por sua vez, a contratação de serviços parte de processo licitatório, assim como determinado no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, regulamentado pela lei 8.666/93.

Face a regulamentação específica, diverge a atuação do Poder Público da iniciativa privada na contratação de mão de obra e de serviços, porém, o espírito empreendedor parte dos mesmos pressupostos, de inovação e de assunção de riscos em busca de um cumprimento eficiente dos haveres da Administração Pública, porém, encontram contornos diferentes dadas as regulamentações diversas, como a diferença dos servidores públicos estatutários e os trabalhadores privados celetistas.

Na execução de serviços pelos agentes públicos, a eficiência se demonstra em diversos planos e conceitos, não querendo se demonstrar um conceito amplo e completo, mas sim o impacto de causa e efeito causado pela ineficiência. Uma prestação deficitária de serviços pela Administração Pública demonstra uma ineficiência do Poder Público, ou seja, descumprindo um de seus princípios constitucionalmente definidos.

Essa relação de causa (ineficiência) e efeito (prestação de serviços deficitária) é enfrentada pelo Estado de forma empreendedora, observando velhos problemas de uma ótica inovadora, buscando novas soluções para que se perpetue um atendimento adequado às demandas da sociedade. É natural, dentro do modelo de atuação da Administração Pública, que ela não seja autossuficiente ao cumprimento das demandas da sociedade brasileira, tendo em vista a inexistência de ente estatal que consiga produzir todos os bens e serviços necessários para seu amplo desenvolvimento.⁴⁰

Na constante busca para a prestação eficiente às

⁴⁰ FEITOSA, Raymundo J. R.; SILVA, Roberta C. Possíveis inconstitucionalidades na regulamentação da terceirização de serviços na administração pública federal: limites e perspectivas do decreto nº 9507/2018. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 25, n. 10, p. 17 – 34. Jan./abr. 2020. p. 19.

demandas da sociedade, o Estado realiza a inteiração entre esfera pública e privada na busca da execução de atividades por parte do Poder Público, que invoca sua faceta empreendedora quando terceiriza mão de obra e serviços em busca da eficiência, tendo em vista que se desprende da execução direta dos serviços e busca, dentro da iniciativa privada, um parceiro que lhe conceda mão de obra e execute determinado serviço deficitário.⁴¹

Inovam os agentes públicos por se afastar, nesses casos isolados, da contratação de mão de obra via concurso público e essencialmente estabelecidos na Constituição Federal e na lei 8.666/93. A busca pelas soluções de mercado em razão do dever de eficiência pela Administração Pública, inclusive, foi demonstrada no ementário da decisão prolatada em Recurso Extraordinário nº 760931, que gerou o Tema 246, no STF, que tratava sobre a possibilidade de responsabilização da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. Na ementa, restou assim consignado:

(...) 6. 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.⁴²

É necessário que se supere a visão de que o cabe ao Estado ser protagonista de tudo, mas que se credite ao empreendedorismo privado e público as soluções necessárias para a solução dos problemas da sociedade. “O Governo é para garantir as

⁴¹ FEITOSA, Raymundo J. R.; SILVA, Roberta C. Possíveis inconstitucionalidades na regulamentação da terceirização de serviços na administração pública federal: limites e perspectivas do decreto nº 9507/2018. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 25, n. 10, p. 17 – 34. Jan./abr. 2020. p. 19.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 760931*. D.J.E. 6 set. 2019. Relator: Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 08 jun. 2021.

regras do jogo, criar infraestrutura e ajudar os pobres, arrecadando tributos com eficiência e justiça fiscal, redistribuindo renda, bancando programas sociais e, sobretudo, prestando serviços públicos de qualidade⁴³”. Ocorre que, quando o Estado empreende e se utiliza de soluções de mercado aos seus problemas, juntamente com a inovação trazida pelo empreendedorismo, este é acompanhado pela assunção do risco dessa solução.⁴⁴

Neste cingir, quando o Estado, enquanto empreendedor, inova através da utilização da terceirização para proporcionar um cumprimento eficiente de suas demandas, também assume os riscos pelos contratos. Quando empreende em soluções de mercado, assume também os mesmos riscos assumidos dentro do mercado pelos agentes privados, diferente não o é quando se toca na responsabilização da Administração Pública no caso de inadimplemento contratual com os trabalhadores da empresa prestadora de serviços, bem como no próprio estabelecimento do ônus da prova em julgamento pendente pelo Supremo Tribunal Federal.

O julgamento de casos do Estado empreendedor, além dos pilares para julgamento já existentes e praticados diante da natureza a matéria, como no caso da responsabilização subsidiária em casos de terceirização em que certamente serão abordados os limites constitucionais e infraconstitucionais da responsabilização, aptidão probatória, entre outros, também se faz pertinente a análise pelo ponto de vista do empreendedorismo, ou seja, pela responsabilização da inovação do Estado pela assunção de riscos inerentes à esta inovação, para que assim não se crie um bolsão de privilégios injustificados de situações

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira*. Disponível em <<https://luisrobertobarroso.com.br/2014/04/16/estado-e-livre-iniciativa/>>. Acesso em 08 jun. 2021. p. 6 e 7.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira*. Disponível em <<https://luisrobertobarroso.com.br/2014/04/16/estado-e-livre-iniciativa/>>. Acesso em 08 jun. 2021. p. 6 e 7.

idênticas enfrentadas pelo poder público e pela iniciativa privada em soluções de mercado, pautando assim, tal análise pelo pilar do empreendedorismo como indicador decisório aliado aos demais pilares já abordados.

Tratando o empreendedorismo estatal não só como um fenômeno contemporâneo, mas também como uma fonte de inovação e riscos, assegura-se julgamentos que não criem falhas de mercado por condutas desiguais de responsabilizações pelos mesmos atos, ou seja, no caso da terceirização, que o Estado enfrente a mesma responsabilização pelo inadimplemento de verbas trabalhistas pelo prestador de serviços do que responderia em situação análoga o agente privado, inclusive, pela necessidade de comprovação da *culpa in vigilando*.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública, em respeito ao princípio da eficiência, encontra saída na adoção de soluções de mercado para o cumprimento das demandas da sociedade. Contudo, quando os agentes públicos se utilizam de soluções de mercado, investem-se do espírito empreendedor, trazendo soluções inovadoras.

Acompanhada da inovação, o empreendedorismo do Estado também compreende a assunção de riscos pela escolha em empreender, aproximando o risco do Poder Público com aquele já praticado na esfera privada, pelos agentes privados.

Não há como desassociar o empreendedorismo da inovação e do risco, eis que basilares para sua caracterização. A Administração Pública, como pautada na eficiência, empreende na busca dessas soluções inovadoras, inclusive, quando toca na prestação de serviços e de mão de obra através dos contratos de terceirização.

A análise do empreendedorismo pelo espeque da terceirização, em especial no julgamento sobre a distribuição do ônus

da prova quanto a possível *culpa in vigilando* da Administração Pública face aos encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço, parte de uma análise multifacetada, tratando, como exemplo, dos limites constitucionais e infraconstitucionais, a aptidão probatória, mas, além dessas facetas, surge o empreendedorismo também como um pilar essencial no julgamento.

Tratar o empreendedorismo em julgamentos que envolvam o Estado é reconhecer que, quando ele se ativa como empreendedor, inovando e fugindo do padrão de atuação previamente estabelecido e utilizado, a Administração Pública também concorre no risco de sua respectiva prática empreendedora, criando situação de paridade aos riscos assumidos pela iniciativa privada enquanto empreende, como ocorre na situação da terceirização.

Abordar uma mesma situação de formas distintas por se tratar de iniciativa privada e pública, cria um ambiente de privilégio que pode ser evitado pela análise de julgados do Estado empreendedor pelo viés do próprio empreendedorismo, hipótese levantada ao se abordar a problemática da terceirização e o Estado empreendedor.

De toda a sorte, utilizar o empreendedorismo como fonte de julgamentos do Estado empreendedor não desqualifica os outros pilares de julgamento, tampouco legitima um descumprimento a preceitos constitucionais e infraconstitucionais, apenas adere um novo ponto de abordagem em situações em que o Estado atue como empreendedor, atribuindo à sua inovação a responsabilidade pelos riscos de suas medidas inovadoras, demonstrando o que, de fato, é empreender.



7. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernanda Maria *et al.* A contribuição do empreendedorismo para o crescimento econômico dos estados brasileiros. *Revista de Empreendedorismo e Gestão de Pequenas Empresas*. v. 6, n. 3, p. p. 466-494, set./dez. 2017.
- ALMEIDA, Joana Gomes de *et al.* Desemprego e empreendedorismo: da ambiguidade da relação conceitual à eficácia das práticas de intervenção social. *Revista Plural*. São Paulo, v. 20, n.1, jan./jun., p. 31-55, 2013.
- ANDRADE, Rogério P. de. A construção do conceito de incerteza: uma comparação das contribuições de Knight, Keynes, Shackle e Davidson. *Revista Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 21, n. 2, p. 171-195, mai./ago. 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira. Disponível em <<https://luisrobertobarroso.com.br/2014/04/16/estado-e-livre-iniciativa/>>. Acesso em 08 jun. 2021.
- BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. *A história da súmula 331 do tribunal superior do trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização*. Disponível em: <<https://www.femargs.com.br/uploads/artigos/a-historia-da-sumula-331/a-historia-da-sumula-331.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2021.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.
- BLANCHET, Luiz Alberto. Ineficiência, corrupção e seus efeitos sobre o empreendedorismo e sobre o desenvolvimento. In: Blanchet, Luiz Alberto et al (Coord.) *Eficiência e ética na administração pública*. Curitiba: Íthala, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*

(1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, 1º maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 9.507, de 21 de setembro de 2018*. Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de janeiro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9507.htm>. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL. *Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974*. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Diário Oficial da União, Brasília, 3 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm>. Acesso em 08 jun. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 08 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16*. D.J.E. 9 set. 2011. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 08 jun. 2021.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324*. D.J.E. 6 set. 2019. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 08 jun. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema n. 246*. D.J.E. 21 set. 2017. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246#>>. Acesso em 08 jun. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 760931*. D.J.E. 6 set. 2019. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 08 jun. 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 0000925-07.2016.5.05.0281*. D.E.J.T.: 22 mai. 2020. Relator: Ministro Cláudio Brandão. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 09 jun. 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 256*. D.J. 30 set. 1986. <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256> Acesso em: 08 jun. 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 331*. D.J. 18 set. 2000. <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331> Acesso em: 08 jun. 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 331*. D.J. 27 maio. 2011. <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331> Acesso em: 08 jun. 2021.
- CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. A terceirização na administração pública: vantagens, desvantagens e ameaças ao regime jurídico das relações do trabalho. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Curitiba, v. 2, n.

- 2, p. 61 – 80, jul./dez. 2016.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Empreendedorismo: dando asas ao espírito empreendedor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DELGADO. Maurício Godinho; DELGADO. Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017.
- DRUCKER, Peter F.. *Innovation and entrepreneurship: practice and principles*. New York: HarperCollins Publishers. 2006.
- FEITOSA, Raymundo J. R; SILVA, Roberta C. Possíveis institucionalidades na regulamentação da terceirização de serviços na administração pública federal: limites e perspectivas do decreto nº 9507/2018. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 25, n. 10, p. 17 – 34. Jan./abr. 2020.
- KNIGHT, Frank Hyneman. *Risk, uncertainty and profit*. Cambridge: Riverside Press. 1921.
- MARCELINO, Paula; CAVALCANTE, Sávio. Por uma definição de terceirização. *Caderno CRH*, Salvador, v. 25, n. 65, p. 331-346, Maio/Ago. 2012.
- MARTES, Ana Cristina Braga. Weber e Schumpeter: a ação econômica do empreendedor. *Revista de Economia Política*, v. 30, n. 2 , p. 254-270, abr./jun. 2010.
- MARTINS, Antero Arantes. A súmula 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho e o art. 71, §1º, da lei 8.666/93. *Revista do TRT da 2ª Região*, São Paulo, n. 7, p. 29-73. 2011.
- PASTORE, José. Terceirização: uma realidade desamparada pela lei. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 74, n. 4, out/dez. 2008.
- SCHIAVI, Mauro. Abrangência da súmula 331 do tribunal superior do trabalho. *Revista do TRT da 2ª Região*, São Paulo, n. 7, p. 29-73, 2011.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito,*

juro e o ciclo econômico. Tradução de Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural. 1997.