



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

MATHEUS DE SOUSA MAFRA PELANDA
18/0024973

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DEVER DE
FISCALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA**

Brasília
2023

Autor: Matheus de Sousa Mafra Pelanda

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DEVER DE
FISCALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel no Programa
de Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília. Orientador: Antônio
Sergio Escrivão Filho.

Brasília

2023

MATHEUS DE SOUSA MAFRA PELANDA

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DEVER DE
FISCALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA**

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

BANCA EXAMINADORA

Prof. Antonio Sergio Escrivão Filho (Orientador – UnB)

Renata Santana Lima (Avaliadora – UnB)

Ricardo Luiz Oliveira do Carmo (Avaliador – UDF)

Brasília

2023

Dedico à minha mãe, Patrícia, ao meu pai, Paulo Cesar e a minha irmã, Ana Clara, que me inspiram e motivam a alcançar todos os meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família por todo o apoio, compreensão e energias positivas, vocês são a base de tudo, batalharam para que eu tivesse uma educação de excelência, e neste momento só tenho de agradecer a esperança que depositaram em mim. Muito obrigado!

Agradeço as amigadas que fiz durante a graduação e que levarei para a vida, amigadas que conquistei vestindo o azul e vermelho, fizeram a minha graduação ser mais leve e demonstraram que o esporte e a universidade devem caminhar lado a lado. Obrigado Olímpia, pelos anos em que fui atleta e gestão e por todas as inúmeras amigadas. Atlético não é, e nunca será, somente esporte e festa, atlético é lugar de diversão, resistência e, acima de tudo, acolhimento e união.

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram na minha formação e desbravaram a UnB comigo, em especial, Artur Cochito, Gustavo Outerelo, Igor Cortizo, João Henrique Moreira, Luiz Galotti, Pedro Milhomens, Raphael Lorrán, Thiago Sancler e tantos outros.

Agradeço também aos meus amigos de infância que me acompanharam e permanecerão ao meu lado pela vida toda, em especial, André Delgado, Artur Godoy, Bernardo Macedo, Carol Costa, Felipe Wanderley, João Victor Bicca, João Vitor Jurgeaitis, Raquel Ortega e Thiago Tranquillini.

Por fim, reitero os agradecimentos à minha família que esteve ao meu lado em todos os momentos e gostaria, também, de fazer um agradecimento especial para Eduarda Stefanny Reis que foi meu porto seguro nos momentos mais difíceis da reta final da minha formação acadêmica.

Muito obrigado.

RESUMO

A presente monografia faz uma análise da evolução histórica da terceirização e do caminho pelo qual se desenvolveu essa prática que, no passado era coibida pelo Tribunal Superior do Trabalho, mas atualmente é amplamente praticada até mesmo pela Administração Pública. A pesquisa é centrada na responsabilização subsidiária da Administração Pública em casos de inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa prestadora dos serviços. Para isso, foi realizada a revisão bibliográfica de obras de direito administrativo e do trabalho, bem como a análise de precedentes e súmulas do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal e do complexo normativo que regulamenta, ou deveria regulamentar, a terceirização. Dessa análise, foram realizadas ponderações sobre distribuição do ônus da prova em casos de terceirização, sobretudo acerca do entendimento jurisprudencial do STF de que há a impossibilidade de inversão do ônus da prova com relação à administração pública e a impossibilidade de responsabilização automática do ente público.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização; Responsabilidade Subsidiária; Direito do Trabalho; Direito Administrativo; Administração Pública; e Lei de Licitações e Contratos.

ABSTRACT

This monograph analyzes the historical evolution of outsourcing and the way in which this practice developed, which in the past was prohibited by the Superior Labor Court, but is currently widely practiced even by the Public Administration. The research is centered on the subsidiary liability of the Public Administration in cases of non-compliance with labor obligations by a service provider company. For this, a bibliographical review of administrative and labor law works was carried out, as well as the analysis of precedents and precedents of the Superior Labor Court and the Federal Supreme Court and of the normative complex that regulates, or should regulate, outsourcing. From this analysis, considerations were made on the distribution of the burden of proof in cases of outsourcing, especially regarding the jurisprudential understanding of the STF that there is the impossibility of reversing the burden of proof in relation to public administration and the impossibility of automatic accountability of the public entity

KEYWORDS: Federal Supreme Court; Outsourcing; Subsidiary Liability; Labor Law; Administrative law; Public administration.

Sumário:

INTRODUÇÃO.....	7
1. Análise histórica da terceirização no Brasil	10
1.1. Desenvolvimento histórico	10
1.2 Sentidos operacionais da terceirização	13
1.3 Os impactos da terceirização	15
2. Terceirização na Administração Pública	18
2.1. Terceirização chega à Administração Pública – Primeiras regulamentações.....	18
2.2. O debate sobre o dever de fiscalização da Administração Pública.....	22
3. Estudo de caso	34
3.1. Tema 1118	34
3.2. Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
Referências Bibliográficas:.....	44

INTRODUÇÃO

No presente trabalho acadêmico será realizada análise da evolução histórica da terceirização e do caminho pelo qual se desenvolveu essa prática que, no passado era coibida pelo Tribunal Superior do Trabalho, mas que atualmente é amplamente praticada até mesmo pela própria Administração Pública.

A temática da pesquisa é centrada na responsabilização subsidiária da Administração Pública em casos de inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços. Além disso será realizado estudo da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Objetiva-se, aqui, analisar os impactos da terceirização no acesso dos trabalhadores aos direitos trabalhistas e os impactos da impossibilidade de responsabilização da Administração Pública na garantia de pagamento de direitos trabalhistas. Especificamente, a finalidade é a análise crítica dos impactos da inversão do ônus da prova na impossibilidade de responsabilidade automática da Administração Pública.

A problemática em questão situa-se em como se dá a distribuição do ônus da prova em casos de terceirização, sobretudo acerca do entendimento jurisprudencial do STF de que há a impossibilidade de inversão do ônus da prova com relação à administração pública e a impossibilidade de responsabilização automática do ente público. Como o trabalhador prova a responsabilidade do ente público, que apesar de ter o dever fiscalizar o cumprimento de encargos trabalhistas, não é obrigado a provar que fiscalizou?

Para isso, será realizada a revisão bibliográfica de obras de direito administrativo e do trabalho, bem como a análise do complexo normativo que regulamenta, ou deveria regulamentar, a terceirização, e de precedentes e súmulas do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro capítulo é composto pelo desenvolvimento histórico da terceirização no Brasil. Será analisada a edição da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e todas as suas alterações, bem como o entendimento adotado pelo Supremo tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 e a reforma trabalhista realizada por meio da edição das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017.

Em seguida serão analisadas as formas em que a terceirização se manifesta, realizando a distinção entre a terceirização de atividades essenciais e não essenciais, também chamadas de terceirização interna e terceirização externa.

Por fim, o primeiro capítulo irá dispor sobre os impactos da terceirização para os trabalhadores, que muitas vezes acabam por exercer mesmas funções, porém com vínculos trabalhistas diferentes ou são fragmentados em diversas pequenas empresas, o que impacta negativamente na capacidade de organização e enfraquece os sindicatos.

O segundo capítulo é dedicado a abordar a chegada da terceirização à Administração Pública. Neste capítulo será realizada a análise da evolução legislativa que possibilitou com que a Administração Pública se utilizasse de meios privados para a execução de serviços, de modo a transferir a execução material, sem, contudo, renunciar à titularidade do serviço público.

Aqui será explorada com mais detalhamento a Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõem sobre a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em caso de inadimplência das obrigações trabalhistas inclusive para a Administração Pública, e as demais legislações que formam a base normativa da terceirização no âmbito da Administração Pública, quais sejam, a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666), Decreto nº 9.507/2018, Instrução Normativa nº 5/2017 (SLTI) e a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, de acordo com o entendimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16.

Além disso, ainda no segundo capítulo, será introduzido o debate sobre o dever de fiscalização da Administração Pública e qual a responsabilidade do tomador de serviços em casos de inadimplência das obrigações trabalhistas. Será abordado, também quais os entendimentos majoritários no Tribunal Superior do Trabalho e no Supremo Tribunal Federal e suas consequências na justiça do trabalho e no acesso dos trabalhadores aos seus direitos.

Por fim, o terceiro capítulo é destinado à análise do Tema 1118, da repercussão geral, cujo processo paradigma é o Recurso Extraordinário nº 1.298.647. Este Tema discute a possibilidade de inversão do ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no Tema 246.

Aqui é discutida a inversão do ônus da prova como fator determinante para a aplicação do entendimento da Suprema Corte de impossibilidade de responsabilização automática da Administração Pública pela inadimplência de obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.

O último capítulo termina com a análise da nova Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/2021, que fora editada com a finalidade de modernização do sistema de contratação pública e, dentre diversas alterações, tem-se a preferência pela virtualização do processo de

contratação e a nova estrutura da fase preparatória das licitações. Como a norma ainda não está em pleno vigor, os impactos dela não podem ser determinados, mas é possível que represente avanço para a classe trabalhadora.

1. Análise histórica da terceirização no Brasil

1.1. Desenvolvimento histórico

O Direito é um produto cultural, situa-se no interior da estrutura social e não pode ser entendido como mero produto das relações econômicas e externo a elas, simplesmente como a expressão das classes dominantes e instrumento de dominação. O Direito faz parte das dinâmicas sociais, o Direito compõe à sociedade e é resultado de sua interação com o todo.

O Direito do Trabalho, analisado sob a ótica de um movimento histórico, é melhor compreendido como uma relação entre empregador e empregado (NEUMANN, 1983). O empregado como sendo aquele que vende sua força de trabalho ao empregador, detentor dos meios de produção, em troca do recebimento de salário. Nesse sentido, estabelece-se uma relação, que não é apenas de trabalho, mas sim de poder, visto que o recebimento do salário é a única forma de composição do patrimônio do empregado.

A Terceirização é a forma de contratação que mais avançou no Brasil nas últimas décadas. Segundo Pesquisa de Gestão de Pessoas na Crise de covid-19, da Fundação Instituto de Administração (FIA-SP), a terceirização de serviços registrou crescimento de 94% nas empresas brasileiras ouvidas no estudo durante a pandemia. Essa forma passou a ganhar maior dimensão após pressão para a liberação dos mercados com forte impacto no regime de contratação da mão de obra. A terceirização é vista como estratégia das empresas para reduzir custos aumentar a flexibilização organizacional e partilhar os riscos (KREIN, 20007). É enxergada como uma forma de contratação de mão de obra com potencial altamente precarizador das relações de trabalho, com o poder de acirrar as desigualdades e fragmentar a organização dos trabalhadores.

No Brasil, diferentemente de outros países da América Latina, não há legislação específica que regulamente a terceirização. Isto em vista, observa-se que a justiça trabalhista e o direito como um todo tem papel importantíssimo na regulamentação dessa prática trabalhista. As controvérsias e os conflitos individuais e coletivos decorrentes das relações de trabalho, no Brasil, são julgados pelos Tribunais e Juízes do Trabalho, sendo de responsabilidade do Tribunal Superior do Trabalho a uniformização da jurisprudência, que a faz por meio de Súmulas e Orientações Jurisprudenciais, que apesar de não deterem força vinculante moldam a linha preponderante de decisões judiciais.

Em meio ao vácuo legislativo que a terceirização surgiu. Foi o Tribunal Superior do Trabalho que normatizou essa forma de contratação. Inicialmente o TST coibia a prática dessa

forma de contratar por meio da edição do Enunciado 256¹ e das Súmulas 239², 256³ e 257⁴. Mais tarde, em dezembro de 1993, legitimou-a em relação às atividades não essenciais, definindo, nas terceirizações lícitas, a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, em entendimento consolidado pela Súmula nº 331.

Posteriormente, em 2000, a responsabilidade subsidiária foi estendida aos entes públicos que terceirizam, inclusão comemorada pelos setores sociais.

A Súmula 331 reflete novo entendimento do TST, o qual permite a terceirização de serviços considerados a como atividade-meio da tomadora, isto é, que não fazem parte de sua atividade principal, geralmente a atividade que consta em seu objetivo social.

No entanto, recentemente, em maio de 2011, o texto da Súmula 331 do TST foi revisado e adequado ao entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade 16, proposta pelo Governador do Distrito Federal, com o objetivo de declaração da constitucionalidade do parágrafo 1º do Artigo 71, da Lei nº 8.666/1993, a Lei de Licitações. O entendimento consolidado na ação direta prevê que a inadimplência das terceiras contratadas pelo Poder Público quanto às obrigações trabalhistas não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento. Em outras palavras, o julgado determinou a proibição de responsabilização automática da Administração Pública pelo inadimplemento de encargos trabalhistas das empresas que esta contrata. A Súmula 331 passou a ter 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

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas

¹ Enunciado nº 256: 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.

² Súmula nº 239 do TST: BANCÁRIO. EMPREGADO DE EMPRESA DE PROCESSAMENTO DE DADOS (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 64 e 126 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 – É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros. (primeira parte – ex-Súmula nº 239 – Res. 15/1985, DJ 09.12.1985; segunda parte – ex-OJs nºs 64 e 126 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 13.09.1994 e 20.04.1998)

³ Súmula nº 256 do TST: 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.

⁴ Súmula nº 257 do TST – VIGILANTE (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 – O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário.

obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

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

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

Confira-se, a propósito, a ementa da Ação Declaratória de Constitucionalidade:

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.

(ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 24.11.2010, DJe em 9.9.2011)

Posteriormente, a reforma trabalhista, realizada por meio da edição das Leis nº 13.429/2017⁵ e nº 13.467/2017⁶, bem como as medidas provisórias subseqüente, ampliaram substancialmente as possibilidades de terceirização existentes. Um conjunto de formas de contratação que anteriormente eram consideradas ilegais foram legalizadas, como o contrato intermitente, o autônomo exclusivo e o trabalho temporário. Além disso, por meio da Lei nº 13.429/2017, toda e qualquer atividade empresarial, sem qualquer forma de restrição poderia ser terceirizada, a lei passou a permitir a terceirização da atividade-fim. (LEITE, 2022)

Diante disso, a delimitação do que o de fato é o fenômeno da terceirização não é tarefa tão simples, existem inúmeros conceitos de diversos autores de diferentes áreas que tratam das mais distintas formas como a terceirização se apresenta no mundo do trabalho.

Dentre outros conceitos, temos, nas palavras de Magda Barros Biavaschi e Alisson Droppa, que em sentido estrito “se identifica a terceirização como mecanismo descentralizador, que envolve uma relação trilateral estabelecida entre a empresa que contrata

⁵ Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017 “Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros”

⁶ Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 “Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho”

os serviços de outra empresa, terceira, a qual, por seu turno, contrata trabalhadores cujos serviços prestados se destinam à tomadora”. (BIAVASCHI; DROPPA, 2011, p. 30)

Contudo, essa não é a única dinâmica existente na atualidade, em que é possível observar a terceirização da terceirização, quando uma empresa terceirizada subcontrata outras, como, por exemplo, a contratação de empresas para gerir contratos com as terceiras, uma verdadeira *quarteirização*.

Nesse sentido, nota-se a necessidade de entender a terceirização como um conceito amplo, que abarque todas as modalidades do fenômeno que se apresenta no mundo do trabalho. A terceirização é uma das formas de contratação que mais cresceu no Brasil desde a década de 1990 e atualmente é uma prática presente em quase todos os setores e seguimentos econômicos, seja na esfera pública, seja na esfera privada.

Após a reforma trabalhista a prática da terceirização, que já estava presente nas relações de trabalho, ganhou nova dimensão e ampliou-se para as mais diversas atividades e etapas do processo de trabalho.

Cumprе ressaltar, ainda, a questão da responsabilização com relação as empresas contratantes e as entidades para quem os trabalhadores prestaram o serviço, as empresas tomadoras.

Na responsabilidade subsidiária, instituto acolhido pela Súmula nº 331 do TST, o devedor coobrigado é acionado após o devedor principal, contratante direto, evidenciar não possuir condições materiais para pagar o que deve. Já na responsabilidade solidária todos os devedores são responsáveis pela dívida diante de um mesmo credor, o qual, em caso de inadimplência possui o direito de escolher qual devedor deseja acionar em juízo ou todos ao mesmo tempo.

Essa diferenciação é importante pois tem um grande impacto no tempo de tramitação do processo em fase de execução, tendo em vista que no caso de responsabilização subsidiária o devedor subsidiário somente é acionado após a comprovação de inadimplência do devedor principal.

1.2 Sentidos operacionais da terceirização

Diante da dimensão tomada pela terceirização e das modalidades que o fenômeno se apresenta no mundo do trabalho faz-se necessário recorrer a diferentes metodologias para que se possa ter um balanço mais aproximado da extensão dos impactos dessa forma de contratação.

No Brasil, as pesquisas sobre a terceirização se intensificaram sobretudo a partir da edição da, já referida, Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Inicialmente, os estudos eram muito específicos e se limitavam a análises setoriais, tendo em vista a ausência de dados estatísticos e pelo fato de nem todas as atividades serem terceirizadas.

Embora a terceirização já avançasse para os setores industriais e processos produtivos por meio de contratação de prestadoras de serviços ou de pessoas jurídicas – PJ (Pejotização) as limitações estatísticas não permitiam uma medição segura da amplitude dessa prática. Somente em 2000, com a tramitação de projetos de ampliação irrestrita da terceirização, o tema ganhou visibilidade e foram realizados esforços para aumentar a precisão dos dados coletados.

Os esforços para realização das medições das estatísticas oficiais brasileiras necessitam da compreensão e interpretação dos dados coletados pelas mais diversas instituições de pesquisa que medem o comportamento do mercado de trabalho, como por exemplo, os registros administrativos do Ministério da Economia – ME; a Relação Anual de Informações Sociais – RAIS; o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados – CAGED; as pesquisas domiciliares do IBGE; o Censo demográfico; e, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD que, desde 2012, substituiu a PNAD anual. (BIAVASCHI; MORETTO; DROPPA, 2015).

Os esforços realizados por essas entidades são muito válidos, pois, embora, sejam, tanto os registros administrativos, quanto as pesquisas domiciliares, passíveis de alterações, trazer esses temas à discussão é importante para fomentar o debate e auxiliar no desenvolvimento de elementos que permitam aprofundar as pesquisas sobre terceirização e os seus impactos para as relações de trabalho, de forma a possibilitar a reflexão sobre a importância de um sistema de proteção social do trabalho. (BIAVASCHI; MORETTO; DROPPA, 2015).

Para que seja possível analisar os impactos da terceirização é necessária a realização de distinção dentre as diversas formas com que a terceirização é expressa. A principal distinção a ser realizada é entre a terceirização de atividades essenciais e de atividades não essenciais. No primeiro caso, a terceirização ocorre em atividades das empresas que anteriormente eram realizadas em seu interior e passam a ser realizadas por outras empresas. Já a terceirização de atividades essenciais consiste na externalização de atividades empresariais que são transferidas para outras empresas.

Em outras palavras, a terceirização de atividades não essenciais, terceirização externa, consiste em uma forma de especializar as empresas em suas atividades-fim, com o objetivo de torná-las mais competitivas, o que, apesar das controvérsias, de acordo com especialistas na economia do trabalho, pode gerar benefícios para a sociedade e para os trabalhadores.

Já a terceirização de atividades essenciais para as empresas, a terceirização interna, é principal problema enfrentado pelo direito trabalhista. Há certo consenso no direito trabalhista que essa modalidade de terceirização é extremamente prejudicial para os trabalhadores e gera consequências gravíssimas para a sociedade como um todo, além de possuir forte caráter de ilegalidade. De acordo com Márcio Túlio Viana, a intermediação de mão de obra consiste em forma ilícita de terceirização e violação aos direitos humanos:

Na verdade, toda forma de terceirização interna deveria ser proibida. Trata-se de uma das mais claras violações à dignidade humana. Afronta os tão badalados direitos humanos. Sem meias palavras, trata-se de um tráfico de pessoas. Não parece haver qualquer diferença entre essa prática e a velha *marchandage*, contra a qual o Direito do Trabalho sempre lutou... Além disso, pode-se muito bem concluir que essa terceirização, por si só, discrimina. Cria uma subespécie de trabalhadores, cujos corpos... são virtualmente negociados por um intermediário, que os aluga ou arrenda, nua e cruamente, como se fossem animais ou coisas. Ao mesmo tempo em que reduz salários e degrada as condições de saúde e segurança, a terceirização acelera os ritmos do trabalho⁷. (VIANA, 2012, pp. 208-209)

Apesar de a terceirização interna ser mais prejudicial ao trabalhador não significa que as implicações das duas modalidades de contratação não sejam desfavoráveis e gerem a fragmentação das formas de organização dos trabalhadores.

1.3 Os impactos da terceirização

Com efeito, as duas formas de terceirização geram efeitos negativos para os trabalhadores, seja por estabelecer diferentes vínculos para trabalhadores que exercem as mesmas funções, como na terceirização interna, seja por fragmentar a classe trabalhadora em diversas pequenas empresas, o que influencia negativamente na capacidade de organização e enfraquece os sindicatos, como na terceirização externa.

Apesar das dificuldades já mencionadas dificuldades de medição e produção de dados, algumas fontes se destacam, como a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), do

⁷ E continua o autor: “E isso acontece muitas vezes de forma oculta, pelas mãos do próprio trabalhador. Pressionado pelo medo, ele responde, aflito, com o que parece ser coragem. Para usar um verbo da moda, turbinha-se. Assim, paradoxalmente, enquanto reduz os custos do controle, a terceirização intensifica a exploração. E isso significa, em última análise, que quanto mais instável é o ambiente para o empregado, mais estável ele se torna para o empregador. E o que é pior: a instabilidade se naturaliza, como se fosse algo inevitável. O próprio trabalhador corre o risco de se acostumar com esse jogo — o que não significa, naturalmente, que o resultado lhe seja favorável” (VIANA, 2012, pp. 208-209)

Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), principal fonte utilizada na elaboração de estudos sobre a terceirização no Brasil, que, em qualquer de suas modalidades, possui inúmeras implicações sobre o trabalho e já foi alvo de diversos estudos, como ressalta Leite (2022).

De forma geral, os resultados dos estudos apontam para a degradação do trabalho ocasionada pela terceirização, com a redução dos salários com relação aos trabalhadores contratados diretamente pelas empresas e elevação na taxa de rotatividade de trabalhadores terceirizados. A exemplo disso, vale mencionar o estudo Druck e Franco (2007) que, ao analisar o setor petroquímico da Bahia, verificou salário de 1,4 a 5 vezes menores entre os trabalhadores terceirizados com relação aos trabalhadores contratados diretamente com a empresa (apud. LEITE, 2022).

Além disso, o estudo DIEESE, realizado com base na RAIS e na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), revelou que os trabalhadores das atividades tipicamente terceirizadas recebiam em média entre 23% e 27% a menos que os das atividades tipicamente contratadas. (DIEESE, 2017) O estudo apontou, ainda, jornadas mais longas entre os trabalhadores das atividades tipicamente terceirizadas “85,9% dos vínculos possuem jornada contratada na faixa de 41 a 44 horas semanais contra 61,6% nas atividades tipicamente contratantes” e maior índice de acidentes de trabalho nas atividades tipicamente terceirizadas. (DIEESE, p. 13 a 17).

Os estudos demonstram, ainda, que a terceirização tem impactos relevantes e por muitas vezes, negativos no mercado laboral, especialmente para os trabalhadores (CAMPOS, 2018). Ao analisar a evolução dos vínculos formais de emprego nas atividades tipicamente terceirizadas no país ao longo do período de 2007-2014, estudo revela que a taxa de rotatividade elevada “nas atividades tipicamente terceirizadas, em praticamente todos os anos, é o dobro da que se verifica nas atividades tipicamente contratantes”, os vínculos nas atividades tipicamente contratantes duravam em média 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses, enquanto nas atividades tipicamente terceirizadas a média de duração do vínculo era de 2 (dois) anos e 10 (dez) meses, de forma a evidenciar a terceirização, mais uma vez, como a responsável pela precarização da relação de trabalho e “em boa medida, pelas elevadas taxas de rotatividade do mercado de trabalho brasileiro” (DIEESE, 2017, pp. 5-6).

A partir da análise desses dados, observa-se que maiores jornadas de trabalho estão diretamente associadas a maiores números de acidentes de trabalho, pois os estudos apontam que o maior número de acidentes ocorre no final da jornada, que é quando o trabalhador está mais cansado e sua atenção mais debilitada. Uma vez que as atividades terceirizadas, assim

como se verifica no estudo de DIEESE, normalmente estão associadas a jornadas de trabalho mais longas⁸ elas, conseqüentemente, são parte da razão do mais elevado número de acidentes em relação as atividades tipicamente contratadas⁹, nas quais o trabalhador tende a trabalhar menos tempo em exaustão e com isso está menos submetido a riscos de acidentes laborais.

Além disso, segundo estudos da OIT e da OMS, jornadas de trabalho mais longas aumentam a mortes por doença cardíaca e acidente vascular cerebral. “Longas jornadas de trabalho levaram a 745 mil mortes por acidente vascular cerebral e doença isquêmica do coração em 2016, um aumento de 29% desde 2000, de acordo com as últimas estimativas da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT) publicadas nesta segunda-feira (17) na revista científica *Environment International*.” (OPAS, 2021)

Diante disso, conclui-se que a terceirização é ponto central da precarização do trabalho e do enfraquecimento dos sindicatos. Esse fenômeno dever ser ou proibido, diante de seu forte caráter de ilegalidade, ou regulamentado de forma que seja imposto limites à sua prática, a fim de evitar os enormes abusos e prejuízos causados aos trabalhadores.

⁸ “Em relação a jornada de trabalho, observa-se que 85,9% dos vínculos nas atividades tipicamente terceirizadas possuem jornada contratada na faixa de 41 a 44 horas semanais contra 61,6% nas atividades tipicamente contratantes” (DIEESE, 2017, p. 13)

⁹ “A Rais traz informações sobre os motivos de afastamentos e licenças do trabalho. Entre os motivos declarados incluem-se acidentes típicos de trabalho (que ocorrem no exercício de atividades profissionais a serviço da empresa); acidentes de trajeto (ocorridos entre a residência e o trabalho); afastamentos por doenças relacionadas e não relacionadas ao trabalho; licença-maternidade; serviço militar obrigatório e; licença sem vencimentos/sem remuneração.

(...)

Os dados revelam que a partir do 20º centésimo de remuneração (até 1,3 salário-mínimo), a participação dos afastamentos por acidentes de trabalho típicos é mais elevada nas atividades tipicamente terceirizados do que nas tipicamente contratantes, chegando a ser duas vezes mais alta, em alguns casos.” (DIEESE, 2017, p. 16-17)

2. Terceirização na Administração Pública

Assim como anteriormente mencionado em e muito bem ensinado pelo doutor em economia social e do trabalho José Dari Krein (2007), a terceirização é compreendida como estratégia das empresas para redução de custos e aumento da flexibilização organizacional. É vista como uma forma de contratação de mão de obra com potencial altamente precarizador e flexibilizador das relações de trabalho, com grande potencial de acirrar as desigualdades e fragmentar a organização dos trabalhadores.

A prática da terceirização está muito presente nas empresas privadas brasileiras, que enxergam nesse instituto a possibilidade de redução de custos, a transformação de custos fixos em custos variáveis e a concentração das atividades da empresa em sua atividade principal, ou seja, especialização da empresa em atividades que lhes são próprias, atividades-fim.

A prática das empresas privadas alcançou a Administração Pública, que, com o passar do tempo, tornou a utilizar-se do instituto da terceirização em algumas de suas áreas.

2.1. Terceirização chega à Administração Pública – Primeiras regulamentações

Em meados da década de 1980, a Administração Pública começou a realizar processo de reforma, com o objetivo de redução de seu aparelho administrativo e, na opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, buscou-se maior flexibilidade, eficiência e proximidade ao cidadão. Diante disso, surgem os institutos da privatização, com a delegação de serviços públicos aos particulares, realizando, portanto, a quebra do monopólio de atividades anteriormente exercidas exclusivamente pelo Poder Público, permitindo-se a terceirização, na qual busca-se a colaboração de entidades privadas para o desempenho de atividades não essenciais da Administração Pública. (DI PIETRO, 2008).

Através da terceirização, a Administração Pública se utiliza de meios privados para a execução de serviços, de modo a transferir a execução material, sem, contudo, renunciar à titularidade do serviço público, o qual é atribuído a ela pela Constituição. (RAMOS, 2001).

A primeira legislação do ordenamento jurídico brasileiro que possuía características de terceirização voltadas para a Administração Pública foi o Decreto-lei nº 200/67, o qual previa a possibilidade de o Poder Público se utilizar da execução indireta de algumas atividades, desde que satisfeitas algumas condições e mediante contrato.

Decreto-Lei 200/67:

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

(...)

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

O Decreto-lei foi instituindo durante o governo militar e tinha como objetivo primordial impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa e definia-se pela descentralização da Administração Pública, mediante a contratação ou concessão de execução indireta de serviços pelo setor privado.

Avançando na ideia de descentralização da Administração Pública, em 1970 a Lei nº 5.645 foi editada, fixando diretrizes para cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais e estabelecendo que as atividades relacionadas a transporte conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas seriam, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, nos termos do art. 10, §7º, do Decreto-lei nº 200/1967.

Apesar de as ideias da terceirização já estarem presentes, este movimento ainda não era expressivo. Somente décadas depois que as privatizações efetivamente teriam início.

A Constituição Federal de 1988 também previa essa modalidade de contratação, em seu art. 37, inciso XXI, permitiu a contratação de serviços de terceiros pela administração pública, desde que estabelecidas regras para realização dos contratos e lei específica para a licitação. Em atenção ao disposto no inciso, em 1993 foi editada a Lei de Licitações e Contratos, a qual “regulamenta o art. 37, inciso XXI¹⁰, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública”, disciplina o instituto da terceirização e dá início a dispersão da prática pelo país.

Cumprir ressaltar o já mencionada Súmula nº 331/1993, que dispõem sobre a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em caso de inadimplência das obrigações trabalhistas inclusive para a Administração Pública. Vale destacar, ainda, que esta Súmula foi objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16, na qual restou jugado procedente o pedido do Governador do Distrito Federal para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º,

¹⁰ 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:

(...)

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

da Lei nº 8.666/1993 de licitações e contratos da administração pública, que dispunha o seguinte:

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

Posteriormente, após o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, com a extinção de cargos de nível médio e intermediário e com a criação de novas carreiras de nível superior, foi adotada a política de contratação dos serviços que antes eram prestados pelos servidores que tiveram seus cargos extintos.

Essa reforma do Estado definiu 3 (três) áreas de atuação: (i) as atividades exclusivas do estado; (ii) os serviços não exclusivos do estado; e (iii) a produção de bens e serviços para o mercado.

As atividades exclusivas do estado envolvem diretamente o poder do estado e devem permanecer no seu âmbito, os serviços não exclusivos do estado seriam as atividades sociais e científicas, que não pertencem ao Estado e devem ser transferidas para o setor público não-estatal e, por fim, a produção de bens e serviços para o mercado que deveria ser retirada do Estado por meio de programas de privatização.

A margem das atividades principais estão as atividades auxiliares, que seriam os serviços de limpeza, vigilância, transporte, serviços técnicos de informática e processamento de dados, entre outras, que estariam sujeitas à terceirização desde que submetidas a licitação pública.

Nesse sentido, o Plano Diretor previa a terceirização das atividades de apoio para o setor privado, desde serviços simples como segurança e limpeza, até complexos como consultoria e serviços de computação (PEREIRA, 1999).

Em 1997 foi editado o Decreto Federal nº 2271, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autarquia e fundacional e estabelece quais seriam as atividades preferencialmente exercidas na modalidade indireta, ou seja, dispõe sobre as atividades que podem ser terceirizadas, consideradas como acessórias, instrumentais ou complementares, seriam elas: limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática,

copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações¹¹.

Além disso, dispunha sobre quais atividades não seriam passíveis de terceirização, que seriam as “categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal” (Brasil, 1997).

Este Decreto-lei, tinha objetivos semelhantes com os do Enunciado nº 331 do TST, que diferenciava a atividade-meio da atividade-fim, e impossibilitava que a atividade-fim fosse alvo de terceirização. (DRUCK, SENA, PINTO, ARAÚJO, 2017)

Também em 1997, o Ministério do Orçamento e Gestão da Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio editou a Instrução Normativa/MARE nº 18/97, com o objetivo de disciplinar a contratação de serviços executados de forma indireta e contínua, realizados por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Posteriormente, diante do crescimento da terceirização no serviço público e para suprir a ausência de regras específicas sobre planejamento e acompanhamento das contratações de serviços de terceiros pela Administração, foi publicada a Instrução Normativa nº 2/2008, pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, a qual revogou a Instrução Normativa/MARE nº 18/97, editada pelo Ministério do Orçamento e Gestão da Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio (SEKIDO, 2010).

Em seguida, a fim sanar outras lacunas e disciplinar outros aspectos que não estavam presentes na IN nº 2, foi necessário expedir a Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009, a Instrução Normativa nº 4 de 11 de novembro de 2009, a Instrução Normativa nº 5 de 18 de dezembro de 2009, a Instrução Normativa nº 6 de 23 de dezembro de 2013, a Instrução Normativa nº 3, de 24 de junho de 2014 e a Instrução Normativa nº 4 de 19 de março de 2015, todas pela SLTI.

Contudo, em 2017 a edição da Instrução Normativa nº 5, de maio de 2017, revogou a IN nº 2/2008 e tratou de dispor sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de

¹¹ Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Art . 1º. No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

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

§ 2º. Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Além disso, recentemente, o Decreto Federal nº 2271/1997 foi revogado pelo Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, o qual “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”.

Em suma, verifica-se que as bases normativas legais da terceirização no âmbito da Administração Pública Federal são: A Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666), Decreto nº 9.507/2018, Instrução Normativa nº 5/2017 (SLTI) e a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, de acordo com o entendimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16.

Cumprе ressaltar que a edição da Lei de Licitações e Contratos foi fundamental para a viabilização da terceirização, pois determina as normas gerais para a contratação de serviços pelo estado e reafirma a legalidade dessa modalidade de contratação.

Na atualidade, com a redefinição do papel do Estado na regulação sobre o mercado de trabalho, aliado ao desenvolvimento e aplicação de políticas neoliberais nas formas de controle, gestão e organização do trabalho em um contexto de financeirização do capital, é constituído novo regime de acumulação, em que a flexibilização e precarização do trabalho passou a ser a estratégia central. (DRUCK, SENA, PINTO, ARAÚJO, 2017)

2.2. O debate sobre o dever de fiscalização da Administração Pública

A responsabilidade do tomador de serviço é uma questão polêmica tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira. Há posições divergentes acerca da responsabilização do tomador em casos de descumprimento, por parte da empresa terceirizada, das obrigações de trabalhistas. Parte da doutrina enxerga que a responsabilidade deve ser solidária e parte que ela deve apenas ser subsidiária. Para as empresas privadas que contratam mão de obra terceirizada, o Tribunal Superior do Trabalho adota a responsabilidade subsidiária como forma de responsabilização. (SEKIDO, 2010)

Nesse sentido, existem alguns fundamentos para o embasamento da responsabilidade subsidiária, são eles a teoria da responsabilidade subjetiva, teoria do abuso de direito, a teoria objetiva, e a função social do contrato.

O primeiro dos argumentos que fundamentam a primeira das hipóteses de responsabilização, baseia-se na responsabilidade subjetiva, a qual refere-se à culpa sob a perspectiva, não do propósito de lesar a outrem, mas sim da infração do dever de cautela e de

prevenção de danos. O entendimento de responsabilidade subsidiária adotado quando da edição da Súmula nº 331 do TST corroborava com a lógica da responsabilidade subjetiva e baseava-se nas culpas *in eligendo* e *in vigilando*.

A primeira decorre da escolha inapropriada do agente quando da contratação da empresa prestadora de serviço que não cumpriu com os encargos trabalhistas. Aqui nota-se abuso do direito de contratação, pois embora seja assegurado, pelos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, delegar a terceiros atividade própria, em busca de maior eficiência e produtividade, não é assegurado ao tomador contratar serviços de prestadoras economicamente inidôneas e incapazes de cumprir com as obrigações trabalhistas.

Embora seja assegurado às empresas, por força dos princípios gerais da atividade econômica, em especial da livre iniciativa e da livre concorrência (Constituição Federal, art. 170), delegar a terceiros atividades especializadas ou de mero apoio, a fim de concentrar-se na atividade finalística, buscando assim maior eficiência e produtividade, não lhes é dado abusar desse direito, contratando prestadoras de serviços economicamente inidôneas e incapazes de assegurar os direitos dos trabalhadores contratados para execução do contrato interempresarial e, ainda assim, pretender se eximir de qualquer responsabilidade, quando notoriamente beneficiaram-se diretamente da força de trabalho. (LORA, 2009, p. 667)

Na segunda, observa-se a falta de fiscalização da conduta de terceiro sob a responsabilidade do agente, a culpa se encontra na não fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas pela empresa prestadora.

A teoria da responsabilidade objetiva surge de interpretação do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho a qual dispõe que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. De sua análise, pode-se concluir que é dever do empregador suportar os riscos da atividade econômica, estando inclusos a satisfação dos direitos dos trabalhadores diretamente contratados e daqueles que lhe prestam serviços por empresas terceirizadas, pois é ele o principal beneficiário da mão de obra e a quem dirige-se a prestação de serviço. (SEKIDO, 2010)

Nesta linha de raciocínio, entende-se que a responsabilidade do tomador advém do fato de que ele se beneficiou da força de trabalho e deve responder subsidiariamente pelos prejuízos causados aos trabalhadores.

Diante disso, quando da edição do Enunciado da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, entendeu-se que a partir da função social do Direito do Trabalho que é promover o equilíbrio e a convivência pacífica dos fatores de produção, quais sejam empresa, capital e

trabalho, deve-se acompanhar as mudanças advindas da globalização observando a importância do trabalhador como fator de produção (SEKIDO, 2010). Assim, a partir da maneira que vinham sendo julgadas as ações decorrentes da terceirização e da necessidade de fixação de entendimento pacífico, surgiu o Enunciado nº 331 do TST.

Quando as ideias de terceirização alcançam a Administração Pública as formas de adoção da terceirização tornam-se mais restritas. Somente pode-se adotar as formas de terceirização previstas em lei, sob pena de ilegalidade do ato e responsabilização, além disso, devem ser precedidas de licitação (MARTINS, 2005).

Pelo fato de a Administração Pública poder adotar a modalidade de contratação da terceirização, esta está sujeita a pelos encargos trabalhistas e previdenciários da força de trabalho utilizada na prestação de serviço, desde que haja inadimplemento da contratada e seja demonstrada a responsabilidade da Administração. Esse é o entendimento mais recente adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

O Plenário do STF, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 16, se relatoria do então Ministro Cezar Peluso, declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, que dispõe sobre a impossibilidade jurídica de transferência de responsabilidade à Administração Pública de encargos decorrentes do não cumprimento, pelo contratado, de obrigações trabalhistas, fiscais ou comerciais. Como vimos, o dispositivo da Lei de licitações dispõe o seguinte:

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)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Posteriormente a esse julgamento, o TST deu nova redação à Súmula 331, para fazer constar que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta em determinados casos.

A Suprema Corte reconheceu a existência de repercussão geral do tema nos autos do Recurso Extraordinário 760.931, Tema 246 da repercussão geral e por ocasião do julgamento de mérito do paradigma, a Corte confirmou o entendimento adotado na ADC 16, no sentido

de proibir a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Nesse sentido, fixou-se o entendimento de que para que haja a responsabilização da Administração Pública é necessário que se comprove comportamento negligente da Administração, bem como o nexo causal entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador.

A Lei de Licitações em seu artigo 58, inciso III atribui à Administração Pública o dever de fiscalizar a acompanhar a execução dos contratos por ela firmados, vez que são pagos por recursos públicos e devem ser gastos da maneira mais eficiente possível. Além disso, o artigo 67 da referida lei estabelece a forma como a fiscalização deverá ocorrer. (SEKIDO, 2010)

Assim, é dever da Administração Pública fiscalizar a execução de contrato para a verificação do cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas. De acordo com o art. 67, *caput* e §1º, da Lei nº 8.666/93, a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada pela Administração Pública. Confira-se:

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

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º. O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados

§ 2º. As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

É exatamente com relação ao alcance do dever de fiscalização da Administração Pública que surge a principal discussão sobre a responsabilização subsidiária do ente público. Parte da doutrina, sobretudo os magistrados da justiça do trabalho, entende que em decorrência do dever de fiscalização da Administração Pública em casos de inadimplência do pagamento de verbas trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, o dever de comprovação da fiscalização deverá ser do ente público, pois, se as obrigações trabalhistas não foram cumpridas, há culpa *in vigilando* o ente público, o qual deveria fiscalizar o contrato e, se o fiscalizou, deverá comprovar o feito.

Assim, entende que o ônus da prova não deveria recair sobre o trabalhador, tendo em vista o princípio da aptidão de prova, devendo o ônus da prova recair sobre a parte que possua melhores condições para a sua produção.

A fim de ilustrar esse entendimento, ressalto o Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 0000091-65.2019.5.11.0011, de relatoria do Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho e acordado pela Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho.

Neste precedente, que trata da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, sobretudo da conduta culposa do ente público e do ônus da prova, verifica-se a orientação do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que, para atribuir a responsabilidade subsidiária à Administração Pública, é necessária a comprovação da culpa *in vigilando*.

Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho entende que a comprovação da culpa *in vigilando* somente é possível com a correta distribuição do ônus de prova, vez que atribuir ao trabalhador terceirizado o ônus de provar que a autoridade gestora de seu contrato não teria sido diligente na fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa terceira é obrigá-lo a produzir prova diabólica e deixar de aplicar o princípio da aptidão de prova, absorvido e ritualizado pelo art. 818, § 1º, da CLT.

Além disso, resta evidente o entendimento da Corte Superior do Trabalho que o dever de fiscalização da Administração Pública vai para além da simples verificação de cumprimento de contrato, estendendo-se à fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa que a própria Administração Pública contrata para a intermediação de serviços.

Confira-se a ementa deste julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, V, DO TST. CONDUTA CULPOSA. ÔNUS DA PROVA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA. [...]¹². Controvérsia sobre o ônus da prova, relacionado à culpa *in vigilando*, exigível para se atribuir responsabilidade subsidiária à Administração Pública, quando terceiriza serviços. Atribuir ao trabalhador terceirizado o ônus de provar que a autoridade gestora de seu contrato não teria sido diligente na fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa terceira corresponde a fazer tábula rasa do princípio consagrado – em favor do consumidor e, por desdobramento, de outras pessoas ou grupos vulneráveis – pelo art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90, qual seja, o direito "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo

¹² E continua o voto: “O recurso de revista contém o debate acerca do reconhecimento da responsabilidade subsidiária da entidade pública, tema objeto de decisão em ação declaratória de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ADC 16, e da Súmula 331, V, do TST, que detém transcendência política, nos termos do art. 896-A, § 1º, II, da CLT. Transcendência reconhecida. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, V, DO TST. CONDUTA CULPOSA. ÔNUS DA PROVA. REQUISITOS DO ART. 896, § 1º-A, ATENDIDOS”

civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências". O princípio da aptidão para a prova resultou inclusive absorvido e ritualizado pelo art. 818, § 1º, da CLT. A prova que recai sobre o trabalhador terceirizado, no tocante a nuances do negócio jurídico que se desenvolve entre as empresas que se beneficiam de seu trabalho (pois é disso que estamos a tratar quando aludimos à fiscalização de uma empresa sobre a conduta de outra empresa), é "prova diabólica", insusceptível de atendimento por diligência do empregado. Noutra ângulo, vê-se que o encargo de fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo não deriva de construção doutrinária ou jurisprudencial, sendo, antes, imposição da Lei 8.666/93 (a mesma lei que imuniza o poder público que age sem culpa). Entende-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal reservou à Justiça do Trabalho decidir acerca do ônus da prova, no tocante à fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa que a Administração Pública contrata para a intermediação de serviços, cabendo ao poder público tal encargo. Agravo de instrumento não provido. (AIRR-0000091-65.2019.5.11.0011, 6ª Turma, Rel. Min. Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 19.6.2023).

Apesar de o entendimento exarado no acórdão supracitado ser predominante na Corte Superior Trabalhista, sua aplicação não é unânime.

Confira-se o Recurso de Revista nº 100972-95.2020.5.01.0010, de Relatoria da Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, proferida pela Oitava Turma, em que a relatora entende que pelo princípio da distribuição dinâmica do ônus da prova, esse ônus processual deve recair sobre a parte que possua melhores condições para a sua produção, ou seja, a Administração Pública, pois é ela a detentora dos conhecimentos técnicos, informações específicas sobre os fatos e possui maior facilidade em sua demonstração, bem como, por se tratar de fato negativo, incumbir esse encargo ao trabalhador implica ônus excessivamente difícil, ou até mesmo impossível, pois não é detentor dos meios documentais para demonstrar se houve ou não negligência no desempenho do dever que cabe exclusivamente ao gestor público.

Todavia, ao final de seu voto, afasta da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, pois, o entendimento prevalente na Oitava Turma é o de que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 760.931 e de reclamações constitucionais, firmou tese de que é pressuposto à responsabilidade subsidiária a prova inequívoca de culpa do ente público, não podendo ser presumida em razão do inadimplemento das obrigações trabalhistas, ônus que cabe ao trabalhador.

Confira-se a ementa do julgado:

I - AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO REGIDO PELA LEI 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. [...]¹³. 1. No caso, a

¹³ E continua o voto: "Considerando equívoco da decisão agravada quanto à incidência da Súmula 422, I, do TST, há de se prover o agravo para adentrar no exame do agravo de instrumento. Agravo provido. II - AGRAVO

responsabilidade subsidiária do ente público foi mantida em face da ausência de prova de que tenha fiscalizado o contrato de prestação de serviços. 2. No entender desta Relatora, pelo princípio da distribuição dinâmica do ônus da prova, esse ônus processual deve recair sobre a parte que possua melhores condições para a sua produção. Essa regra, inclusive, foi incluída no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, ao prever, em seu art. 11, § 1.º, que "o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração". Em caso de terceirização, a Administração Pública possui o dever de licitar e de fiscalizar o contrato. Da mesma forma, à luz do princípio da publicidade e das normas das Leis 8.666/93 e 9.784/99, o gestor possui o dever legal de documentação, sendo expressamente incumbido de formalizar e documentar o processo administrativo relativo à licitação e acompanhamento do contrato. Assim, o ente público é quem, inequivocamente, reúne as condições necessárias para demonstrar o cumprimento das obrigações legais. Além disso, por se tratar de fato negativo, incumbir esse encargo à parte autora implica ônus excessivamente difícil, ou até mesmo impossível, pois não é detentora dos meios documentais para demonstrar se houve ou não negligência no desempenho do dever que cabe exclusivamente ao gestor público. 3. Todavia, prevalece no âmbito da Oitava Turma, em sua atual composição, o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 760.931, e de reclamações constitucionais posteriores, firmou tese de que é pressuposto à responsabilidade subsidiária a prova da culpa, a qual não pode ser presumida apenas em razão do inadimplemento dos créditos pelo prestador de serviços, tratando-se de ônus que cabe ao reclamante. 4. Assim, não havendo no acórdão recorrido registro de culpa do ente público no caso concreto, deve ser afastada a sua responsabilidade subsidiária. Ressalva de entendimento da Relatora. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-100972-95.2020.5.01.0010, 8ª Turma, Rel. Min. Delaíde Alves Miranda Arantes, DEJT 19.6.2023).

A partir da análise dos julgados dessas turmas, percebe-se a existência de dissonância de entendimentos entre as turmas do TST. Essa divergência não é novidade e com o objetivo de pacificar a jurisprudência da Corte Superior do Trabalho, em 12 de dezembro de 2019, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, SDI-1, decidiu que, nos casos em que o prestador não cumprir com os encargos trabalhistas, caberá ao órgão público tomador dos serviços demonstrar que realizou adequadamente a fiscalização do contrato para que não seja responsabilizado. Essa decisão é fundamentada no princípio da aptidão da prova, que, como anteriormente relatado, vincula o ônus da produção da prova a parte que tem as melhores condições de produzi-la, ou seja, a Administração, pois, assim como afirma o Ministro relator Cláudio Brandão, o responsável pela produção de provas, “certamente não é o trabalhador, que sequer consegue ter acesso à documentação relativa à regularização das obrigações decorrentes do contrato”.

Eis a ementa desse julgado:

DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO REGIDO PELA LEI 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. Superado o óbice do art. 896, §1.º-A, I, da CLT e demonstrada possível violação do art. 71, §1.º, da CLT, impõe-se o provimento do agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. III - RECURSO DE REVISTA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO REGIDO PELA LEI 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA”.

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 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 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. RATIO DECIDENDI. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE nº 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese, com 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". O exame da ratio decidendi da mencionada decisão revela, ainda, que a ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, autoriza a responsabilização do Poder Público. Após o julgamento dos embargos de declaração e tendo sido expressamente rejeitada a proposta de que fossem parcialmente acolhidos para se esclarecer que o ônus da prova desse fato pertencia ao empregado, pode-se concluir que cabe a esta Corte Superior a definição da matéria, diante de sua natureza eminentemente infraconstitucional. [...]¹⁴. Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permitiu, por conseguinte que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa in vigilando. 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 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. (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 22/05/2020).

Como se vê, o entendimento de que o ônus da prova deve recair sobre a parte que possua melhores condições para a sua produção, ou seja, a Administração Pública, não é pacífico e muitas vezes é revertido nas instâncias superiores, pois, no entender majoritário do Supremo Tribunal Federal, o dever de fiscalização do estado estende-se apenas para a verificação do cumprimento do contrato com relação a prestação de serviço para a Administração Pública, de forma que em caso de inadimplência, para que o ente público possa ser responsabilizado, seria necessária a comprovação da conduta negligente da

¹⁴ E continua o voto: "Nessa linha, a remansosa e antiga jurisprudência daquele Tribunal: AI 405738 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., julg. em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min. Rosa Weber, 1ª T., julg. em 02/12/2014; ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. em 11/11/2019".

Administração, bem como o nexo causal entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador.

Ademais, precedentes da Suprema Corte entendem ser imprescindível que se comprove o conhecimento, pela Administração, da situação de ilegalidade e sua inércia em adotar providências. Há, ainda, a determinação de que o ônus probatório para a comprovação da conduta ilegal seria do trabalhador.

Assim, algumas turmas do Tribunal Superior do Trabalho, apesar de discordarem do entendimento de que a correta distribuição do ônus da prova é para o trabalhador, têm adotado o Supremo Tribunal Federal para garantir celeridade ao processo, vez que, ao chegar à Corte Suprema, a decisão do Tribunal do Trabalho é cassada.

Nesse sentido, ressalto o Agravo Regimental na Reclamação nº 26.819, de relatoria do Ministro Roberto Barroso. Neste precedente, a Suprema Corte analisa a responsabilidade da Administração Pública por dívidas trabalhistas em casos de terceirização e entende que a responsabilização do ente público depende da demonstração de que, mesmo o ente tendo conhecimento da situação de ilegalidade, deixou de adotar medidas necessárias para combatê-la.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, entende que a responsabilidade do ente público, no caso em questão, havia sido fundamentada apenas na ausência de prova de fiscalização, de modo a violar a tese jurídica firmada na ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, à luz da interpretação que lhe foi dada no RE 760.931, Red. p/o acórdão o Min. Luiz Fux.

Nesse sentido, confira-se os seguintes julgados:

DIREITO DO TRABALHO E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/1993. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO POR DÍVIDAS TRABALHISTAS EM CASO DE TERCEIRIZAÇÃO. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou, no julgamento do RE 760.931, Red. p/o acórdão o Min. Luiz Fux, a seguinte tese: 'O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93'. 2. Nesse contexto, a responsabilização do ente público depende da demonstração de que ele possuía conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, deixou de adotar as medidas necessárias para combatê-la. 3. A responsabilidade subsidiária do ente público encontra-se embasada exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização. De modo que foi violada a tese jurídica firmada na ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, à luz da interpretação que lhe foi dada no RE 760.931, Red. p/o acórdão o Min. Luiz Fux. 4. Inaplicável, na espécie, a exigência de esgotamento das instâncias ordinárias, prevista art. 988, §5º, II, do CPC/2015, por se tratar de reclamação ajuizada por afronta à ADC 16 e anterior à conclusão do julgamento do tema 246 da repercussão geral. Precedentes. 5. Agravo interno desprovido. (Rcl 26.819 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 23.6.2020)

O entendimento de que a responsabilização do ente público depende da demonstração inequívoca de culpa e do conhecimento, pela Administração Pública, da irregularidade e inércia para combatê-la abrange as duas turmas do Supremo Tribunal Federal.

Ademias, é frequente a reforma de decisões da justiça do trabalho que responsabilizam subsidiariamente a Administração pública pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas em razão da distribuição do ônus de prova.

Até aqui, a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal sustenta que, em razão da necessidade de comprovação da culpa da Administração Pública, o ônus da prova deve ser distribuído ao trabalhador, apesar de ele não ser o detentor das melhores condições para a sua produção. Dominante, porém ainda objeto de discussão sem definição.

Assim, na oportunidade de análise pela Suprema Corte de decisão da Justiça Trabalhista que distribui o ônus de prova para o ente público e o responsabiliza subsidiariamente pelo não cumprimento das obrigações trabalhistas em razão da não produção das provas de que este cumpriu com seu dever de fiscalização, o STF cassa a decisão da justiça trabalhista por entender que, pela ausência de produção de provas a responsabilização da Administração Pública foi realizada de maneira automática.

Confira-se a ementa do julgado:

AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. AFRONTA AO QUE DECIDIDO NO JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO AUTOMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO PELO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS POR PARTE DA EMPRESA CONTRATADA. ARTIGO 71, PARÁGRAFO 1º, DA LEI 8.666/1993. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. [...]¹⁵. 3. In casu, a decisão reclamada atribuiu à União a responsabilidade subsidiária omissiva pelos encargos trabalhistas decorrentes da contratação de serviços por intermédio de empresa terceirizada, conquanto inexistente prova taxativa de culpa in vigilando. 4. Neste contexto, é insuficiente a mera afirmação genérica de culpa in vigilando ou a presunção de culpa embasada exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização. Precedentes. 5. Agravo a que se dá provimento a fim de cassar a decisão reclamada, na parte em que atribui responsabilidade subsidiária ao ente administrativo. (Rcl 16.777 AgR, Rel. Rosa Weber, Redator do acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22.6.2020)

¹⁵ E continua o voto: “1. No julgamento do Recurso Extraordinário 760.931, Tema 246 da Repercussão Geral, que interpretou o julgamento desta Corte na ADC 16, o STF assentou tese segundo a qual ‘o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93’. 2. Consequentemente, a responsabilização subsidiária da Administração Pública, embora possível, é excepcional e condicionada à respectiva culpa, devidamente comprovada nos autos”.

Cito, a propósito, trecho da decisão de mérito na Reclamação Constitucional nº 52266, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que ilustra o entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal de que o ônus da prova não poderá ser distribuído para a Administração Pública. Confira-se:

Por ocasião do julgamento do mérito do citado paradigma, o Pleno desta Corte deu parcial provimento ao recurso da União e confirmou o entendimento adotado na ADC 16, no sentido de proibir a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Nesses termos, para que haja a responsabilização do ente público é necessário que se comprove cabalmente nos autos o comportamento reiteradamente negligente da Administração, bem como o nexo causal entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador.

Assim, é imprescindível que se comprove o conhecimento, pela Administração Pública, da situação de ilegalidade e sua inércia em adotar providências para saná-la. (...)

No presente caso, que a autoridade reclamada entendeu ser o caso de responsabilização subsidiária da Administração Pública em razão da insuficiência de fiscalização contratual. Reputou, ainda, que a ineficiência da fiscalização estaria comprovada pelo simples inadimplemento de direitos trabalhistas por parte da empresa contratada. (...)

(...)

Ora, parece-me que ao atribuir à Administração a responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas, enfatizando que o ônus probatório seria do ente público a Justiça trabalhista incorre na figura da responsabilização automática – combatida por esta Corte nos julgamentos citados – uma vez que o mero inadimplemento por parte da empresa contratada não é suficiente para amparar a condenação subsidiária do ente público, sendo necessária a apresentação de prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos. (Reclamação Constitucional nº 52.266, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe em: 3.5.2022)

Diante desse contexto de falta de uniformização de entendimentos, tanto entre as turmas dos tribunais do trabalho, quanto entre o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal, que é proposto o Tema 1118 cujo paradigma é o Recurso Extraordinário 1.298.647 e discute o “Ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246)”.

O resultado desse julgamento pode ser definidor para a correta responsabilização da Administração Pública pelo inadimplemento de encargos trabalhistas. Esse ponto será melhor abordado no próximo capítulo.

Outro ponto importantíssimo a ser ressaltado, é a data dos precedentes firmados. Tanto os precedentes do Tribunal Superior do Trabalho, quanto os do Supremo Tribunal Federal, são decorrentes de contratos de trabalho firmados sob a vigência da antiga Lei de Licitações,

Lei nº 8.666/93, que, assim como demonstrado, não é clara sobre a possibilidade de terceirização, muito menos sobre a possibilidade de terceirização pela Administração Pública.

Em 1º de abril de 2021 foi editada a nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133¹⁶, que traz, em seu art. 121, disposição sobre a terceirização capaz de encerrar a discussão, ou, ao menos, reduzir as divergências de entendimentos entre os tribunais.

É impossível prever com precisão qual será o impacto da nova Lei de Licitações sobre as controvérsias referentes a responsabilização da Administração pública sobre a inadimplência, por parte da empresa contratada, dos encargos trabalhistas, contudo, é evidente que o caminho para a pacificação do entendimento é por meio da regulamentação dessa modalidade de contratação observando as peculiaridades e deveres da administração pública. Este, assim como o ponto anterior, será melhor abordado no próximo capítulo.

¹⁶ De acordo com a Agencia Senado, Presidente Luiz Inácio Lula da Silva editou a medida provisória nº 1.167/2023 que prorroga até 30 de dezembro de 2023 a validade de três leis: a antiga Lei de Licitações (Lei 8.666, de 1993), o Regime Diferenciado de Compras – RDC (Lei 12.462, de 2011) e a Lei do Pregão (Lei 10.520, de 2002). A medida provisória concede prazo de 2 (dois) anos para os gestores públicos se adaptarem às novas regras da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, nova Lei de Licitações. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/04/03/medida-provisoria-prorroga-prazo-de-adequacao-a-nova-lei-de-licitacoes>>. Acesso em: 3 de julho de 2023.

3. Estudo de caso

3.1. Tema 1118

Em razão da grande divergência de entendimentos entre turmas e tribunais, bem como com a finalidade de pacificar a orientação de qual a correta distribuição do ônus da prova foi pautada para julgamento a análise de repercussão geral a possibilidade de inversão do ônus de prova para a responsabilização subsidiária da Administração pública.

O juízo de admissibilidade de repercussão geral do tema tem como processo paradigma o Recurso Extraordinário nº 1.298.647 interposto pelo Estado de São Paulo em face de acórdão proferido pela Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho nos seguintes termos:

AGRAVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – SÚMULA Nº 331, ITENS V E VI, DO TST – ÔNUS DA PROVA

A decisão agravada observou os artigos 932, III, IV e VIII, do NCPC e 5º, LXXVIII, da Constituição da República, não comportando reconsideração ou reforma.

Agravo a que se nega provimento.

Em suas razões, o Estado de São Paulo alega que o debate ultrapassa o interesse subjetivo das partes e sustenta a existência de Repercussão Geral do ponto de vista jurídico e econômico, pois a decisão pode afetar diretamente o patrimônio público de todos os entes da federação e de suas autarquias.

Sustenta a violação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 e do Recurso Extraordinário 760.931, Tema 246 da Repercussão Geral pela Oitava Turma do TST por esta determinar a responsabilidade subsidiária do Estado de São Paulo por verbas trabalhistas, mesmo quando, no entendimento do Estado, não se evidencia qualquer conduta culposa do ente público.

O processo é de relatoria do Ministro Luiz Fux, que delimita a questão controvertida, qual seja:

Legitimidade da transferência ao ente público tomador de serviço do ônus de comprovar a ausência de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados pela empresa contratada, para fins de definição da responsabilidade subsidiária do Poder Público.

Em sua *ratio decidendi*, o Ministro à época Presidente entende que a temática possui elevado potencial de impacto em casos de terceirização com Administração Pública, diante da

quantidade de processos sobre essa matéria. Aponta para a quantidade de recursos sobre o tema, que passa das centenas na Suprema Corte, e ressalta que os processos com tramitação suspensa no juízo de admissibilidade do Tribunal Superior do Trabalho se contam na casa da dezena do milhar.

Argumenta que existem posicionamentos divergentes, tanto no próprio STF, quanto nos demais tribunais, no que diz respeito a possibilidade de inversão do ônus de prova, apesar de o Plenário do Superior Tribunal Federal determinar que somente haverá responsabilidade subsidiária do poder público em caso de comprovação de culpa *in elegendo* ou culpa *in vigilando*, de forma que a responsabilização automática da Administração Pública não seria possível, de acordo com a interpretação do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993.

Um claro exemplo da divergência encontra-se no próprio acórdão recorrido no processo paradigma, que caracteriza a conduta culposa do ente público pela ausência de demonstração da efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços.

Diante desses argumentos, o Ministro Relator entendeu que a matéria suscitada possui densidade constitucional suficiente para o reconhecimento da existência de repercussão geral e que é de competência do STF definir, diante do julgamento da ADC 16 e do Tema 246 da Repercussão Geral, a validade da imposição de responsabilidade subsidiária à Administração Pública, sob o fundamento da não comprovação da efetiva fiscalização pela inversão do ônus da prova.

Concluiu, portanto que há relevância da matéria sob as perspectivas econômica, social e jurídica, bem como transcende os limites subjetivos da causa, vez que o tema é de grande relevância constitucional por tratar da declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993 e do possível esvaziamento do conteúdo normativo do referido dispositivo legal pela inversão do ônus da prova, repercutindo, inclusive, no item V da Súmula Vinculante 331 do TST e da jurisprudência pacificada desta Corte.

O juízo de admissibilidade restou assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS GERADOS PELO INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS CONTRATADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA AUTOMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO. MERA PRESUNÇÃO DE CULPA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. PAPEL UNIFORMIZADOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (Recurso Extraordinário nº 1298647 Repercussão Geral, Rel. Min. Presidente Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe em: 17.12.2020).

Diante disso, é proposto o Tema 1118 que discute a possibilidade de inversão do ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no Tema 246.

A partir da análise das razões do juízo de admissibilidade de repercussão geral da questão, entendo ser acertada a decisão do Ministro Presidente, porquanto a inversão do ônus de prova é fator determinante para a aplicação do entendimento da Suprema Corte de que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pela inadimplência de obrigações trabalhistas não pode ser automática.

Isto se dá, pois, em processos em que se discute a inadimplência de encargos trabalhistas por empresas prestadoras de serviço para a Administração Pública, o entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal é o de que a responsabilização não é automática, ou seja, para que o ente público tomador do serviço seja responsabilizado pela inadimplência, é necessária a comprovação de culpa *in vigilando* ou culpa *in elegendo*. Diante dessa máxima, conclui-se que se não forem juntadas provas inequívocas do conhecimento e da culpa da Administração Pública, ela não poderá ser responsabilizada. A jurisprudência da Suprema Corte somente se sustenta se o ônus de comprovar a conduta omissiva ou comissiva da Administração for dever do trabalhador, pois, se não forem juntadas provas, a responsabilização da Administração não é possível, sob risco de responsabilização automática.

Já, de acordo com o entendimento da Justiça Trabalhista, a lógica não é a mesma. No caso de o ônus da prova se inverter, isto é, a parte acusada ter o dever de comprovar que cumpriu com seus encargos trabalhistas, as hipóteses de responsabilização automática da Administração Pública tornam-se raras, pois, a ausência de provas, agora, significa que o ente público não foi capaz de comprovar que cumpriu com seu dever de fiscalização, agindo culposamente *in elegendo* ou *in vigilando*.

Diante dessa dicotomia, percebe-se que os problemas pairam sobre o dever de fiscalização da administração pública. Como mencionado anteriormente, é dever da Administração Pública, ao delegar a terceiros atividade própria, contratar serviços de prestadoras economicamente idôneas e capazes de cumprir como as obrigações trabalhistas,

bem como fiscalizar o cumprimento do contrato celebrado entre ela e a empresa prestadora, sob risco de ser responsabilizada pela culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Contudo, os meios probatórios que permitem a verificação do devido cumprimento do dever de fiscalização e de contratação de empresas idôneas, ou seja, os documentos comprobatórios que permitem determinar se a Administração Pública cumpriu com os seus deveres no momento da celebração do contrato e durante a execução do contrato, estão em sua maioria com a própria Administração Pública. Dessa forma, onerar o trabalhador com o dever de apresentar as provas da falta de fiscalização, que normalmente estão em posse do ente público contratante, pois o dever de *compliance* é dele, compromete a real conferência de possível culpa da Administração Pública.

O padrão de decisões que se verifica, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, é a cassação de decisões da Justiça Trabalhista que determinam a responsabilização subsidiária da administração pública em razão da insuficiência de fiscalização contratual, comprovada pelo inadimplemento de encargos trabalhistas e pelo ente público não ter se desincumbido do ônus de comprovar a fiscalização do contrato.

Para fins de comprovação, foi realizada consulta na jurisprudência da Suprema corte e verificou-se que das últimas decisões de cada Turma em Reclamações Constitucionais todas as decisões da Primeira Turma¹⁷ que, adentraram no mérito da responsabilidade subsidiária e do ônus probatório, decidiram no sentido da impossibilidade de inversão do ônus da prova em benefício do trabalhador, com ressalva a uma decisão da Min. Rosa Weber¹⁸ que sobrestou os autos até o julgamento do Tema 1118 e uma decisão do Min. Luiz Fux¹⁹ que não admitiu a reclamação por ausência de esgotamento das instâncias ordinárias.

Na Segunda Turma, o comportamento dominante que se verifica é o de determinação do sobrestamento dos autos para até o julgamento definitivo do Tema 1118²⁰, da repercussão geral. Contudo, quando não há a decretação de sobrestamento dos autos, as decisões são no

¹⁷ **Embargos de Declaração na Reclamação Constitucional 58.678**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 24.5.2023; **Agravo Regimental na Reclamação Constitucional 58.575**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 11.5.2023; **Agravo Regimental na Reclamação Constitucional 55.518**, Rel. Min. Luiz Fux, redator para acórdão Alexandre de Moraes, DJe 26.4.2023; e **Agravo Regimental na Reclamação Constitucional 55.477**, Rel. Min. Luiz Fux, redator do acórdão: Alexandre de Moraes, DJe 16.12.2022.

¹⁸ **Reclamação Constitucional 54.065**, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 20.9.2022.

¹⁹ **Reclamação Constitucional 55.346**, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 8.2.2023.

²⁰ **Agravo Regimental em Reclamação Constitucional 56.480**, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 5.7.2023; **Agravo Regimental em Reclamação Constitucional 56.007**, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 12.7.2023; **Agravo Regimental em Reclamação Constitucional 56.073**, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 25.4.2023; e **Embargos de Declaração em Reclamação Constitucional 57.254**, Rel. Min. Gilmar Mendes, redator do acórdão: Edson Fachin, DJe 30.5.2023.

sentido da impossibilidade de inversão no ônus da prova em desfavor da Administração Pública²¹.

Nesse sentido, conclui-se que quando os juízes da Suprema Corte adentram no mérito da dos autos em questões de responsabilização subsidiária da Administração Pública por inadimplência de encargos trabalhistas, os acórdãos são sempre no sentido da impossibilidade de inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, apesar de não ser ele quem detém os melhores meios para produzi-la.

A cassação da decisão no ponto em que a responsabilidade subsidiária é reconhecida e é determinada de aplicação da norma do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, cuja constitucionalidade foi reconhecida na ADC 16, além de livrar o estado da comprovação de que a contratação foi realizada de maneira idônea, respeitando os deveres estabelecidos por lei, impede que seja aferida a existência ou não de culpa do ente público, pois o trabalhador, que não deveria reter o ônus de produção de provas por não deter os melhores meios para produzi-la, é impossibilitado de apresentar as provas em juízo, visto que no decorrer do processo, na origem, o ônus probatório estabelecido pelo juiz do trabalho era da Administração Pública.

Ante o exposto, apesar de crer que a decisão da Suprema corte será em sentido contrário, acredito que o a melhor decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal deveria ser no sentido de que pelo princípio da distribuição dinâmica do ônus da prova, esse ônus processual deveria recair sobre a parte que possui melhores condições para a sua produção, ou seja, a Administração Pública, pois é ela a detentora das informações, dos conhecimentos técnicos e específicos sobre os fatos e possui maior facilidade em sua demonstração, bem como, por se tratar de fato negativo, incumbir esse encargo ao trabalhador implicaria ônus excessivamente difícil, ou até mesmo impossível, pois o trabalhador não é detentor dos meios documentais para demonstrar se houve ou não negligência no desempenho do dever que cabe exclusivamente à Administração Pública.

Mesmo sendo o Tema 1118 muito relevante e atual, a questão nele discutida pode vir a se tornar obsoleta quando da pela vigência da nova Lei de Licitações, Lei 14.133/2021. Essa questão será melhor abordada no próximo tópico.

²¹ **Agravo Regimental em Reclamação Constitucional 55.565**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 19.12.2022; **Embargos de Declaração em Reclamação Constitucional 53.934**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 3.11.2022; **Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Reclamação Constitucional 44.117**, Rel. Min. André Mendonça, DJe 9.9.2022; e **Agravo Regimental em Reclamação Constitucional 51.534**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14.9.2022.

3.2. Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021

Assim como mencionado anteriormente, a nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133, foi editada em 1º de abril de 2021. É impossível precisar qual o impacto da referida lei sobre as controvérsias referentes a responsabilização da Administração Pública pela inadimplência de encargos trabalhistas por parte de empresa contratada para prestação de serviços terceirizados, entretanto, é fato que a regulamentação é um dos principais caminhos para dar fim as divergências jurisprudenciais.

A denominada nova Lei de Licitações e Contratos cuja *vacatio legis* varia de dois a seis anos, compartilha a regulamentação da contratação na esfera pública com o ordenamento anterior, a antiga Lei de Licitações (Lei 8.666, de 1993), a Lei do Pregão (Lei 10.520, de 2002) e o Regime Diferenciado de Compras – RDC (Lei 12.462, de 2011).

A nova regulamentação surge com a finalidade de modernização do sistema de contratação pública. Dentre as inúmeras mudanças, tem-se a preferência pela virtualização do processo de contratação e a nova estrutura da fase preparatória das licitações.

Além disso, a nova Lei de Licitações prevê, no *caput* e inciso I, do art. 193, a revogação, na data de sua publicação, de uma série de dispositivos da antiga Lei de Licitações, são eles os artigos 89 a 108 da Lei nº 8.666/1993.

Posteriormente, após decorridos dois anos da publicação oficial da nova Lei de Licitações, a Lei 8.666/1993, bem como a Lei nº 10.520/2002, e os artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011 serão revogados²², nos termos do art. 193, inciso II.

Dessa forma, o §1º do art. 71, da Lei 8.666/93, com interpretação dada pela Ação declaratória de Constitucionalidade nº 16, permanecerá em vigor até a data em que a nova Lei de Licitações realmente entrar em vigência.

Assim, os reais impactos da nova lei ainda não são passíveis de análise, contudo, há indícios de que o legislador poderá solucionar a controvérsia acerca do ônus da prova de conduta culposa da Administração Pública na fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas em terceirizações.

A nova Lei de Licitações traz, em seu art. 121, a seguinte redação:

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e

²² Como mencionado anteriormente, a medida provisória nº 1.167/2023 que prorroga até 30 de dezembro de 2023 a validade de três leis: a antiga Lei de Licitações (Lei 8.666, de 1993), o Regime Diferenciado de Compras – RDC (Lei 12.462, de 2011) e a Lei do Pregão (Lei 10.520, de 2002)

não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

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

§ 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:

I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;

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

III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;

IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;

V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

A partir da leitura da referida legislação, verifica-se que em seu §1º o legislador determina que a inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento, ressalvadas as hipóteses do § 2º. Aqui já se verifica a regulamentação do entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal de impossibilidade de responsabilização automática da Administração Pública pela inadimplência de encargos trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.

Da leitura do § 2º, observa-se que o legislador, além de restringir a hipótese de responsabilização subsidiária às contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, determina que a Administração Pública apenas responderá pelas obrigações trabalhistas em caso de comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contrato. Este dispositivo reafirma a necessidade de comprovação de ato comissivo ou omissivo da administração para que ela possa ser responsabilizada subsidiariamente.

De acordo com José Ramiro Pimentel Cordeiro de Almeida o § 2º da nova Lei de Licitações estabeleceu regra que supera o entendimento da Súmula 331 do TST, por entender que a interpretação do referido dispositivo legal leva à conclusão de que o ônus de comprovar a falha da Administração Pública caberia ao empregado da empresa contratada (ALMENIDA, 2022).

Particularmente, discordo desse entendimento. A lei não é clara sobre a quem recai o ônus de comprovar a falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contrato e entendo que o julgamento do Tema 1118, Recurso Extraordinário nº 1.298.647, deverá levar em consideração a superveniência da nova Lei de Licitações e definir se o ônus da prova deverá ser distribuído ao trabalhador ou, em respeito ao princípio da aptidão da prova, à Administração Pública, que detém os melhores meios para produzi-la.

Além disso, cumpre ressaltar que o § 3º do art. 121 traz dispositivos bem interessantes, do ponto de vista do trabalhador e da resolução de conflitos trabalhistas. Permite que a Administração Pública, no intento de garantir o cumprimento de todos os encargos trabalhistas pela empresa contratada, (i) exija caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas; (ii) condicione o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato; (iii) efetue o depósito de valores em conta vinculada; (iv) efetue diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado em caso de inadimplemento; e (v) estabeleça que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados devam ser pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

Apesar de esses dispositivos não solucionarem de vez os problemas enfrentados pelos trabalhadores, que tem seus direitos constantemente violados e flexibilizados, eles representam um pequeno avanço para a classe e podem auxiliar na diminuição de injustiças e no ressarcimento de trabalhadores lesados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho se iniciou com a abordagem sobre o desenvolvimento histórico da terceirização no Brasil. Foi analisada a edição da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e todas as suas alterações, bem como o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 e a reforma trabalhista realizada por meio da edição das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017.

Em seguida foram analisadas as formas em que a terceirização se manifesta, realizando a distinção entre a terceirização de atividades essenciais e não essenciais, também chamadas de terceirização interna e terceirização externa. Além disso, dissertou-se sobre os impactos negativos da terceirização para os trabalhadores.

Foi realizada a análise da evolução legislativa que possibilitou com que a Administração Pública se utilizasse de meios privados para a execução de serviços, de modo a transferir a execução material, sem, contudo, renunciar à titularidade do serviço público.

Além disso, elaborou-se um estudo sobre a Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe sobre a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em caso de inadimplência das obrigações trabalhistas inclusive para a Administração Pública, e sobre as demais legislações que formam a base normativa da terceirização no âmbito da Administração Pública.

Em seguida foi feita análise do Tema 1118, da repercussão geral, cujo processo paradigma é o Recurso Extraordinário nº 1.298.647, que discute a possibilidade de inversão do ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no Tema 246. É discutida a inversão do ônus da prova como fator determinante para a aplicação do entendimento da Suprema Corte de impossibilidade de responsabilização automática da Administração Pública pela inadimplência de obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.

O trabalho é finalizado com a análise da nova Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/2021, e sobre quais serão os possíveis impactos dela sobre o acesso à direitos trabalhistas pelos trabalhadores.

A partir deste estudo, entendo que o julgamento do Tema 1118, Recurso Extraordinário nº 1.298.647, deverá levar em consideração a superveniência da nova Lei de Licitações e definir o ônus da prova, em respeito ao princípio da aptidão da prova, à Administração Pública, que detém os melhores meios para produzi-la.

Apesar de não acreditar que a correta distribuição do ônus da prova é capaz por si só de resolver todos os problemas de acesso dos trabalhadores aos seus direitos, creio que esse entendimento representaria um avanço para a classe trabalhadora e poderia auxiliar na diminuição de injustiças e no ressarcimento de trabalhadores lesados.

Referências Bibliográficas:

ALMEIDA, José Ramiro Pimentel Cordeiro de. Nova Lei de Licitações e reponsabilidade subsidiária da Administração Pública. **Conjur**, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mar-30/cordeiro-almeida-lei-responsabilidade-administracao>>. Acesso em: 3 de julho de 2023.

BIAVASCHI, Magda Barros e DROPPA, Alisson. Os Entendimentos Sumulados pelo Tribunal Superior do Trabalho Sobre a Terceirização. **IPEA**, Mercado de Trabalho, novembro de 2011.

BIAVASCHI, M. B.; DROPPA, A. A história da súmula 331 do tribunal superior do trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 124–141, 2011. DOI: 10.5433/2176-6665.2011v16n1p124. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657>. Acesso em: 6 jul. 2023.

BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson; e TEIXEIRA, Marilane Oliveira. A Terceirização no Contexto da reforma Trabalhista: conceito amplo e possibilidades metodológicas. **Caderno C R H, Salvador**, v. 34, p. 1-14, e021030, 2021.

BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson; e MORETTO, Amílton J. Terceirização e seus impactos sobre as relações de trabalho em pequenos negócios e sobre a morosidade na execução trabalhista. **O Social em Questão**. Ano XVIII- nº 34, 2015.

BIAVASCHI, Magda Barros e TEIXEIRA, Marilane Oliveira. A terceirização e seu dinâmico processo de regulamentação no Brasil: limites e possibilidades. **Revista da ABET**, v. 14, n. 1, Janeiro a Junho de 2015.

CAMPOS, André Gambier. Impactos da terceirização sobre a remuneração do trabalho: novas evidências para o debate. **Terceirização do Trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate**. IPEA, 2018.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da Terceirização**, São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIEESE (2017). Terceirização e precarização das condições de trabalho. Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. Nota técnica 172. São Paulo: DIEESE. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.html>.

DINO. **Modalidades de trabalho home office e terceirização viram tendências nas empresas na retomada da economia no mercado brasileiro.** Disponível em: <patrocinados.estadao.com.br/medialab/releaseonline/releasegeral-releasegeral/modalidades-de-trabalho-home-office-e-terceirizacao-viram-tendencias-nas-empresas-na-retomada-da-economia-no-mercado-brasileiro/>. Acesso em 11 de junho de 2023.

DUTRA, Renata Queiroz; MATOS, Bianca Silva. A terceirização, o STF e o estado de exceção. **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 4, n. 2, p. 225-249, 2019.

ENVIRONMENT INTERNATIONAL. **WHO/ILO Joint Estimates of the Work-related Burden of Disease and Injury.** Disponível em: <www.who.int/teams/environment-climate-change-and-health/monitoring/who-ilo-joint-estimates>. Acesso em: 17 de junho de 2023.

KREIN, José Dari. **As tendências recentes na relação de emprego no Brasil: 1990-2005.** 2007. Tese (Doutorado de Economia Social e do Trabalho) - UNICAMP, Campinas.

LEITE, Maria de Paula. Capítulo 8, Terceirização e Precariedade: Um Encontro Perverso. **Terceirização e as reformas trabalhistas na América Latina**, editado por Magda Barros Biavaschi: Alisson Droppa - 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2022.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Terceirização e responsabilidade do tomador dos serviços. **Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário**, n.21, p.671-664, 1ª quinzena nov. 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.** 7 edição São Paulo: Atlas, 2005.

NARDONE, José Paulo. **Desafios e oportunidades do primeiro ano da nova Lei de Licitações e Contratos.** Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2022. Disponível, em: <<https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/noticias/ARTIGO-Desafios-Oportunidades-Primeiro-Ano-Nova-Lei-Licitacoes-Nardone.pdf>>. Acesso em: 3 de julho de 2023.

NEUMANN, Franz L. *Il diritto des lavoro fra democrazia e dittatura.* Bologna: Il Mulino, 1983.

OPAS. **Longas jornadas de trabalho estão aumentando mortes por doença cardíaca e acidente vascular cerebral**, afirmam OMS e OIT. Disponível em: <www.paho.org/pt/noticias/17-5-2021-longas-jornadas-trabalho-estao-aumentando-mortes-por-doenca-cardiaca-e-acidente>. Acesso em 17 de junho de 2023.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995. **Revista do Serviço Público**, ano 50, número 4. Out-Dez, 1999.

SEKIDO, Amelia Midori Yamane. **Terceirização na Administração Pública: A Gestão e a Fiscalização dos Contratos**. Universidade Gama Filho

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, E-book.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 1, p. 54-84, 2011.

Julgados analisados:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 16**. Rel. Min. Cezar Peluso. 9 de setembro de 2011., Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1298647**, Repercussão Geral, Rel. Min. Presidente Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe em: 17.12.2020, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Reclamação Constitucional 58.678**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 24.5.2023, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação Constitucional 58.575**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 11.5.2023, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação Constitucional 55.518**, Rel. Min. Luiz Fux, redator para acórdão Alexandre de Moraes, DJe 26.4.2023, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação Constitucional 55.477**, Rel. Min. Luiz Fux, redator do acórdão: Alexandre de Moraes, DJe 16.12.2022, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional 54.065**, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 20.9.2022, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional 55.346**, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 8.2.2023, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Reclamação Constitucional 56.480**, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 5.7.2023, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Reclamação Constitucional 56.007**, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 12.7.2023, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Reclamação Constitucional 56.073**, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 25.4.2023, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração em Reclamação Constitucional 57.254**, Rel. Min. Gilmar Mendes, redator do acórdão: Edson Fachin, DJe 30.5.2023, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Reclamação Constitucional 55.565**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 19.12.2022, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração em Reclamação Constitucional 53.934**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 3.11.2022, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 52.266**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe em: 3.5.2022, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Reclamação Constitucional nº 16.777**, Rel. Rosa Weber, Redator do acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22.6.2020, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Reclamação Constitucional nº 26.819**, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 23.6.2020, Brasília, DF.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Declaração no Recurso de Revista nº 925-07.2016.5.05.0281**, Rel. Min. Claudio Mascarenhas Brandão, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 22.5.2020, Brasília, DF.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 100972-95.2020.5.01.0010**, Rel. Min. Delaide Alves Miranda Arantes, Oitava Turma, DEJT 19.6.2023, Brasília, DF.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 0000091-65.2019.5.11.0011**, Rel. Min. Augusto Cesar Leite de Carvalho, Sexta Turma, DEJT 19.6.2023, Brasília, DF.