

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA PAULA LEAL DA CUNHA

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: AS CONSEQUÊNCIAS
JURÍDICAS DO RE 760.931 SOBRE A DEFINIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA PARA
FIM DE RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO**

FLORIANÓPOLIS

2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA PAULA LEAL DA CUNHA

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: AS CONSEQUÊNCIAS
JURÍDICAS DO RE 760.931 SOBRE A DEFINIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA PARA
FIM DE RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina, como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart
Cademartori

FLORIANÓPOLIS

2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “ TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO RE 760.931 SOBRE A DEFINIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA PARA FIM DE RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO ”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Ana Paula Leal da Cunha defendido em 17/03/2022 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10,00 (dez)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 23 de Março de 2022.

Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor Orientador

Eduardo Antonio Temponi Lebre
Membro de Banca

Ronaldo David Viana Barbosa
Membro de Banca

Gabriela Fernandes Sulzbach
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Ana Paula Leal da Cunha

RG: 5.150.191

CPF: 018.995.869-38

Matrícula: 19200722

Título do TCC: TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: AS
CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO RE 760.931 SOBRE A DEFINIÇÃO DO ÔNUS
DA PROVA PARA FIM DE RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ENTE
PÚBLICO

Orientador(a): Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Eu, Ana Paula Leal da Cunha, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo,
assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico
apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 23 de março de 2022.



Documento assinado digitalmente
ANA PAULA LEAL DA CUNHA
Data: 23/03/2022 19:36:15-0300
CPF: 018.995.869-38
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

ANA PAULA LEAL DA CUNHA

RESUMO

O presente trabalho monográfico de conclusão de curso tem como objetivo geral compreender o impacto da recente decisão proferida no RE 760.931, a qual definiu a tese de que o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento com a finalidade de auxiliar o entendimento sobre a quem incube de forma mais tecnicamente adequada o ônus da prova para fins de responsabilização subsidiária do ente público. Para tanto, iniciar-se-á com uma análise do conceito de Administração Pública, partindo para a classificação os princípios administrativos relevantes para essa pesquisa. Prosseguindo, abordar-se-á a terceirização de serviços na Administração Pública, num primeiro momento apresentando o panorama histórico da terceirização no Brasil e por fim conceituando a responsabilidade solidária e subsidiária do ente público. Concluindo com as consequências jurídicas ocasionadas a partir do julgamento Recurso Extraordinário 760.931 para a definição do ônus da prova com o fim de responsabilizar subsidiariamente o ente público.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Administração Pública. Responsabilidade subsidiária.

ABSTRACT

The present monographic end-of-course work has the general objective of understanding the impact of the recent decision rendered in RE 760.931, which defined the thesis that the default of labor charges of the contractor's employees does not automatically transfer to the contracting government the responsibility for its payment in order to assist the understanding on who is more technically responsible for the burden of proof for purposes of subsidiary liability of the public entity. To this end, we will begin with an analysis of the concept of Public Administration, moving on to the classification of the administration principles that are relevant to this research. Next, the outsourcing of services in the Public Administration will be addressed, first presenting the historical overview of outsourcing in Brazil and finally conceptualizing the joint and subsidiary liability of the public entity. Concluding with the legal consequences caused from the judgment of the Extraordinary Appeal 760.931 for the definition of the burden of proof in order to hold the public entity subsidiarily responsible.

KEY WORDS: Outsourcing. Public Administration. Subsidiary liability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade.

EC – Emenda Constitucional.

RE – Recurso Extraordinário.

STF - Supremo Tribunal Federal.

TST – Tribunal Superior do Trabalho.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. ABORDAGENS CONCEITUAIS E PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	9
2.1. Conceito de Administração Pública.....	9
2.2. Princípios Constitucionais da Administração Pública pertinentes ao tema.....	11
2.3. Conceito de serviço público.....	15
3. A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	19
3.1. Conceito e panorama histórico da terceirização no Brasil.....	19
3.2. Terceirização na Administração Pública.....	22
3.3. A responsabilidade subsidiária/solidária do ente público.....	28
4. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO RE 760.931 SOBRE A DEFINIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA PARA FINS DE RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO.....	34
4.1. Fundamentos do RE 760.931.....	34
4.2. Definição do ônus da prova: o RE 1.298.647 e o posicionamento do TST.....	40
4.3. Implicações jurídicas acerca da definição do ônus da prova para a terceirização de serviços na Administração Pública.....	45
5. CONCLUSÃO.....	55
6. REFERÊNCIAS.....	57

1. INTRODUÇÃO

Recentemente debateu-se no meio jurídico a delimitação da responsabilidade da Administração Pública nos casos de terceirização de serviços. Através do RE 760.931, o Supremo Tribunal Federal decidiu por firmar a seguinte tese de repercussão geral “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”

No entanto, nem todas as questões referentes à matéria foram dirimidas com o julgamento do Recurso, porquanto não foram enfrentadas as questões sobre a quem incumbiria o ônus da prova para fins de responsabilizar o ente público. Questão que ainda aguarda julgamento.

Surge, portanto, um problema prático que afeta diretamente os trabalhadores terceirizados. A controvérsia entre a quem incube o ônus de comprovar a ausência de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, para fins de definição da responsabilidade subsidiária do Poder Público. Ou seja, apesar de o RE 760.931 ter firmado tese de repercussão geral ao delimitar a responsabilidade da Administração Pública, o modo como será executada a aplicação prática desta decisão está pendente de julgamento no RE 1.298.647, causando uma enorme insegurança jurídica no meio Administrativo.

O trabalho aborda uma perspectiva completamente nova acerca da terceirização nos serviços públicos. Com o crescimento exponencial das terceirizações no Brasil, problemas jurídicos cada vez mais complexos surgem sobre a terceirização. E ainda não há trabalhos que analisem as implicações jurídicas da definição do ônus da prova para a terceirização de serviços na Administração Pública.

É o Estado que deve garantir a segurança jurídica das decisões judiciais pretéritas e cabe aos operadores do direito refletir medidas que protejam os grupos mais vulnerabilizados, buscando uma correta aplicação da legislação pelos Tribunais.

O presente trabalho tem como objetivo geral compreender o impacto da recente decisão proferida no RE 760.931, a qual definiu a tese de que o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento com a finalidade de auxiliar o entendimento sobre a quem incube de forma mais tecnicamente adequada o ônus da prova para fins de responsabilização subsidiária do ente público.

Para tal, o presente trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro capítulo introduzirá o tema da pesquisa, bem como os motivos ensejadores do estudo. Apresentando a atual definição de Administração Pública e seus princípios norteadores, além do mais esse capítulo fará uma breve explicação acerca do conceito de Serviço Público. Conceitos essenciais para uma perfeita compreensão desta pesquisa.

O segundo capítulo abordará a terceirização de serviços na Administração Pública, conceituando e apresentando o panorama histórico da terceirização no Brasil, para compreender de que forma a terceirização na Administração Pública influencia a responsabilidade subsidiária e solidária do ente público.

Sucessivamente, o terceiro capítulo tratará das consequências jurídicas do RE 760.931 sobre a definição do ônus da prova para fins de responsabilização subsidiária do ente público.

Nesse capítulo os fundamentos do RE 760.931 serão analisados, apresentando o posicionamento do STF, bem como o posicionamento do TST sobre a matéria. Outrossim, abordar-se-á as implicações jurídicas acerca da definição do ônus da prova, uma vez que as implicações da futura decisão podem afetar milhares de trabalhadores terceirizados brasileiros e também as práticas administrativas dos entes da federação.

Por fim, através da conclusão, propor-se-á medidas jurídicas que possam ser eficientes para efetivar a segurança jurídica e analisar as implicações jurídicas da definição do ônus da prova para a terceirização de serviços na Administração Pública.

O método de abordagem utilizado nessa pesquisa será o indutivo através da realização de pesquisa jurisprudencial, documental, legislativa e bibliográfica.

2. ABORDAGENS CONCEITUAIS E PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para que o tema proposto nesse estudo seja melhor compreendido, este capítulo abordará conceitos fundamentais do direito administrativo. Dessa forma, iniciar-se-á com uma análise do conceito de Administração Pública, partindo para a classificação dos princípios administrativos relevantes para essa pesquisa, bem como do conceito de serviço público.

2.1 Conceito de Administração Pública

Primeiramente, cumpre conceituar a expressão Administração Pública, em razão de seu estudo ser essencial para a compreensão desta pesquisa.

A expressão Administração Pública possui dois sentidos nos quais é empregada mais comumente. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

- a) em sentido **subjeto, formal** ou **orgânico**, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende **pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos** incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;
- b) em sentido **objetivo, material** ou **funcional**, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria **função administrativa** que incumbe, **predominantemente**, ao Poder Executivo.¹

Em outros termos, em seu sentido subjetivo ou formal, Administração Pública refere-se às pessoas jurídicas, aos órgãos e aos agentes públicos que exercem

¹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 185.

atividade administrativa. Enquanto que, em seu sentido objetivo ou material, administração pública significa a própria função administrativa que em sua maioria é designada ao Poder Executivo.²

É comum entre os doutrinadores ver essa divisão em sentido objetivo e subjetivo para a expressão “ administração pública”, essa divisão é necessária segundo José dos Santos Carvalho Filho, por duas razões,

Uma das razões para o fato é a extensa gama de tarefas e atividades que compõem o objetivo do Estado. Outra é o próprio número de órgãos e agentes públicos incumbidos de sua execução. Exatamente por isso é que, para melhor precisar o sentido da expressão, devemos dividi-lo sob a ótica dos executores da atividade pública, de um lado, e da própria atividade, de outro. ³

A administração pública em sentido objetivo, em conformidade com a doutrina, será nesse estudo referenciada em letras minúsculas, sendo a mesma a própria atividade administrativa executada pelo Estado. Possui algumas características nomeadamente: a atividade administrativa deverá ser concreta, executando a Lei, com a finalidade de satisfazer diretamente e imediatamente os fins do Estado em regime jurídico de direito público ou parcialmente público.⁴

Enquanto que a Administração Pública em sentido subjetivo, em conformidade com a doutrina, será nesse estudo referenciada em letras maiúsculas, nesse sentido referindo-se aos órgãos e as pessoas jurídicas que exercem a função administrativa do Estado. Têm por característica principal a enumeração legal dos entes que a compõe. ⁵ Conforme, o artigo 4º do Decreto-lei nº 200 de 25/02/1967,

Art. 4º A Administração Federal compreende:

² Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 185.

³ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11.

⁴ Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.197-198.

⁵ Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.199-200.

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas. ⁶

Esse decreto contém os principais conceitos e princípios da Administração Pública aplicáveis à União. Que com algumas ressalvas também servem de base aos Estados e Municípios. ⁷

2.2 Princípios Constitucionais da Administração Pública pertinentes ao tema

A Administração Pública é composta por prerrogativas e restrições, as prerrogativas públicas são privilégios fornecidos à Administração, com o intuito de que a mesma possa assegurar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, sempre visando o benefício coletivo.

Concomitantemente as prerrogativas, as restrições a Administração tem como objetivo limitar a atividade administrativa a observância de princípios e ao respeito de seus fins sempre em prol de benefícios a coletividade, que caso não respeitados importam na nulidade dos atos da Administração e em desvios de Poder.

Grande parte das prerrogativas e das restrições à Administração, estão previstos em forma de princípios. ⁸

⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, 1967.

⁷ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.200.

⁸ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.208.

Os princípios administrativos são fundamentais na medida em que norteiam todos os atos da Administração Pública. Os princípios administrativos devem conduzir a conduta Estatal quando exerce as funções administrativas.⁹

Todos os institutos do Direito Administrativo são informados pelos respectivos princípios, na hipótese de conflitos entre os princípios, vale dizer que, segundo José dos Santos de Carvalho Filho,

poderá ocorrer, também em sede de Direito Administrativo, a colisão entre princípios, sobretudo os de índole constitucional, sendo necessário verificar, após o devido processo de ponderação de seus valores, qual o princípio preponderante e, pois, aplicável à hipótese concreta.¹⁰

Isto posto, far-se-á uma breve exposição dos princípios constitucionais expressos da Administração Pública, com o intuito de compreender, posteriormente, as causas norteadoras da delimitação da responsabilidade da Administração nas terceirizações de serviços.

A Constituição Federal de 1988, trouxe em seu artigo 37, menção expressa a cinco princípios aos quais deverá se submeter a Administração Pública Direta ou Indireta, quais sejam: a legalidade; a impessoalidade; a moralidade administrativa; a publicidade; e a eficiência. Só será válida a conduta administrativa caso esteja em consonância com os princípios expressos.¹¹

Primeiramente, tratar-se-á do princípio da legalidade, uma vez que esse é o princípio norteador que rege a conduta dos agentes da Administração. É através desse princípio que se parte a premissa de que a Administração Pública só pode fazer o que está previsto em lei.¹²

⁹ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.18-19.

¹⁰ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.19.

¹¹ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.19.

¹² Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.20.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a legalidade,

é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infra legal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.¹³

É através desse princípio que se garante que a atuação do Estado seja a concretização da vontade de todos, todo o poder emana do povo, os governantes atuam representando a sociedade, “ Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize.”¹⁴

Partindo para o princípio da impessoalidade, segundo a doutrina brasileira, o princípio possui duas acepções, a impessoalidade em relação aos administrados e a impessoalidade em relação à própria Administração.

A impessoalidade em relação aos administrados se traduz na premissa de que sendo o fim da Administração o benefício da coletividade, a mesma não pode através de seus atos buscar prejudicar ou beneficiar pessoas específicas. Enquanto a impessoalidade em relação à própria Administração, designa que os atos e os provimentos administrativos são imputáveis ao órgão ou a entidade administrativa da Administração Pública, e não ao funcionário que os praticou.¹⁵

Para mais, sobre o princípio da moralidade administrativa, o mesmo tem como principais características a atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, segundo Maria Sylvania Z. Di Pietro:

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.100.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.105.

¹⁵ Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.224-225.

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.¹⁶

É através da moralidade administrativa que atos legais podem ser sancionados por não estarem em conformidade com as noções de senso comum de justiça e de honestidade.

Outrossim, a respeito do princípio da publicidade, o princípio preconiza que os atos da Administração devem ser divulgados de forma ampla para os administrados, como forma de controle da legitimidade de tais atos e a fim de avaliar sua legalidade e eficiência.¹⁷

Segundo José dos Santos Carvalho Filho,

Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem. É para observar esse princípio que os atos administrativos são publicados em órgãos de imprensa ou afixados em determinado local das repartições administrativas, ou, ainda, mais modernamente, divulgados por outros mecanismos integrantes da tecnologia da informação, como é o caso da Internet.¹⁸

Entretanto é importante frisar que, o princípio da publicidade deve estar em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, portanto práticas excessivas de publicidade que tragam exigências extremamente dispendiosas à Administração devem ser vedadas.¹⁹

¹⁶ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.242.

¹⁷ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.26.

¹⁸ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.26.

¹⁹ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.28-29.

Por fim, acerca do princípio da eficiência, o mesmo enquadra-se em dever da Administração, na medida em que é uma imposição aos agentes públicos para que realizem suas funções com rendimento funcional e perfeição. É o mais recente princípio da função administrativa, foi incluído no rol dos princípios constitucionais por meio da EC 19/98. O princípio da eficiência exige resultados satisfatórios do serviço público e o atendimento eficaz das necessidades dos administrados.²⁰

Em conformidade com Hely Lopes Meirelles,

O princípio deve ser entendido e aplicado no sentido de que a atividade administrativa (causa) deve buscar e produzir um resultado (efeito) razoável em face do atendimento do interesse público visado.²¹

O princípio da eficiência busca atingir a produtividade e a economicidade dos serviços públicos.²²

2.3 Conceito de serviço público

A definição de serviço público passou por diversas alterações ao longo dos anos. Em harmonia com Maria Sylvia de Zanella Di Pietro,

Não é tarefa fácil definir o serviço público, pois a sua noção sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo, quer no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no que concerne à sua abrangência. Além disso, alguns autores adotam conceito amplo, enquanto outros preferem um conceito restrito. Nas duas hipóteses, combinam-se, em geral, três elementos para a definição: o material (atividades de interesse coletivo), o subjetivo (presença do Estado) e o formal (procedimento de direito público).²³

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016. p.105.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016. p.105.

²² Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.31.

²³ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.280.

A primeira definição do serviço público foi a francesa, através da chamada Escola de Serviço Público. Extremamente ampla a definição de serviço público francesa abrangia todas as atividades do Estado.²⁴

Vários doutrinadores brasileiros, inspirados pela Escola de Serviço Público francesa, também adotaram um conceito de serviço público amplo, como exemplo Hely Lopes Meirelles, que conceitua o serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.²⁵

Outrossim há doutrinadores que preferem o conceito restrito de serviço público, em conformidade com Maria Sylvia de Zanella Di Pietro,

Restritos são os conceitos que confinam o serviço público entre as atividades exercidas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional; e, além disso, o consideram como uma das atividades administrativas, perfeitamente distinta do poder de polícia do Estado.²⁶

Ademais, no direito positivo brasileiro é possível encontrar uma definição legal de serviço público, no artigo 2º, II, da Lei nº 13.460, de 26-6-17, que considera o serviço público uma “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública;”.²⁷

O serviço público é encargo do Estado, é ele quem o cria e define seus modos de gestão. Atualmente o regime jurídico do serviço público não se restringe ao direito público, podendo ser parcialmente público, quando prestado por pessoa jurídica de direito privado. E tem como objetivo prestar atividades de interesse público.²⁸

²⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.280.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003. p.319.

²⁶ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.285.

²⁷ BRASIL. Lei nº 13.460 de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, 2017.

²⁸ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.315.

Em respeito à classificação dos serviços públicos, muitos critérios tem sido adotados, são os serviços públicos classificados em próprios (quando prestados diretamente pelo Estado por suas concessionárias e suas permissionárias) e impróprios (quando somente autorizados pelo Estado); em Administrativos (serviços internos), comerciais (serviços com natureza econômica) e sociais (serviços de ordem social); podem ser *uti universi* (universais, serviços para a coletividade) ou *uti singuli* (serviço para satisfazer individualmente o indivíduo); são ainda classificados em originários (serviços essenciais, privativamente incumbidos ao Estado) e derivados (serviços facultativos, não exclusivos do Estado); por fim, classificam-se em exclusivos (ex. serviços dos arts. 21, XI e XII, e 25, § 2º, da CF) e não exclusivos (ex. serviços sociais).²⁹

Quanto às formas de gestão dos serviços públicos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, assevera que,

Vários instrumentos de gestão de serviços públicos são previstos no direito brasileiro. O artigo 175 da Constituição estabelece que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. O dispositivo agasalha, portanto, a concessão e a permissão de serviços públicos.³⁰

Exemplificando, as formas de gestão podem ser,

- a) direta pelo poder público, pelos órgãos da administração direta ou pelas entidades da administração indireta;
- b) indireta, por meio dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos, concessão patrocinada e concessão administrativa (parcerias público-privadas) ou por meio de contratos de gestão com organizações sociais.³¹

²⁹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.315-316.

³⁰ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.311.

³¹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 317.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê várias formas de se gerir o serviço público, no entanto a Administração Pública não tem total liberdade para escolher sua forma de gestão, em alguns casos há a necessidade de Lei, bem como alguns critérios deverão ser observados.³²

A gestão indireta dos serviços públicos, através dos contratos administrativos, não se confunde com a terceirização dos serviços públicos. Para uma melhor compreensão do tema conceituar-se-á adiante a terceirização.

³² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 312.

3. A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Este capítulo abordará a terceirização de serviços na Administração Pública, num primeiro momento apresentando o panorama histórico da terceirização no Brasil e por conseguinte conceituando a responsabilidade solidária e subsidiária do ente público.

3.1 Conceito e panorama histórico da terceirização no Brasil

O conceito de terceirização remete ao Direito do Trabalho, a terceirização é a transferência a um terceiro à empresa a realização de atividades que não se enquadram nas atividades fins da empresa, sem que haja vínculo empregatício entre as partes. O vínculo empregatício se preserva com uma empresa intermediária, responsável pela contratação do profissional. “ A Terceirização acarreta a formação de uma relação trilateral, envolvendo o trabalhador, a empresa tomadora e a empresa terceirizada.”³³

Consoante, Maurício Godinho Delgado,

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.³⁴

³³ VILLELA, Fábio Goulart. Manual de Direito do Trabalho - 2ª Ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 236.

³⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p.540.

O principal objetivo da terceirização é reduzir os custos e aumentar a qualidade dos serviços prestados.³⁵

A terceirização no Brasil é um fenômeno recente. Com a chegada das multinacionais ao país, na década de 50, a prática da terceirização inaugurou-se.³⁶

Nas primeiras décadas de evolução da terceirização no Brasil, não houve muita menção a mesma em textos legais ou jurisprudenciais, pois nesse primeiro momento, “o modelo básico de organização das relações de produção manteve-se fundado no vínculo bilateral empregado-empregador, sem notícia de surgimento significativo no mercado privado da tendência à formação do modelo trilateral terceirizante.”³⁷

Foi no início da década de 1970, que o ordenamento jurídico brasileiro, começou a ocupar-se da terceirização, em âmbito de direito privado, a primeira lei que tratou da terceirização indiretamente foi a Lei 6.019/74 ao introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a figura do trabalho temporário, a terceirização permanente de serviços foi admitida posteriormente através da Lei 7.102/83, que apesar de ter introduzido a terceirização, ainda a restringia apenas aos profissionais que trabalhassem com a vigilância do setor bancário da economia. Essa Lei foi ampliada a posteriori para a segurança de pessoas físicas pela Lei 8.863/94.³⁸

Tão importante quanto essa evolução legislativa para o estudo e compreensão do fenômeno seria o fato de que o segmento privado da economia, ao longo dos últimos 30 anos do século XX, passou a incorporar, crescentemente, práticas de terceirização da força de trabalho, independentemente da existência de texto legal autorizativo da exceção ao modelo empregatício clássico. E o que se percebia, por exemplo, com o

³⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. – 10ª Ed. - São Paulo: LTr, 2016. P. 300.

³⁶ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos Fundamentais e responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços. Revista Zênite de Licitações e Contratos ILC. n. 177, p.1126-1143, nov. 2008. P.1133.

³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p.542.

³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p.431.

trabalho de conservação e limpeza, submetido a práticas terceirizantes cada vez mais genéricas no desenrolar das últimas décadas.³⁹

O processo terceirizante é um fenômeno relativamente novo que tem trazido modificações significativas, tanto no mercado de trabalho, quanto na ordem jurídico trabalhista do país.⁴⁰

A Constituição Federal, também trouxe por meio de seus princípios e regras, limitações ao processo de terceirização, conforme preconiza Mauricio Godinho Delgado,

Os limites da Carta Magna ao processo terceirizante situam-se no sentido de seu conjunto normativo, quer nos princípios, quer nas regras assecuratórias da dignidade da pessoa humana (art. 1, III), da valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1, III, combinado com o art. 170, caput), da busca de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3, I), do objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3, III), da busca da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.⁴¹

Na Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho, regula a terceirização por meio da Súmula de nº 331,

a Súmula insistia em que a terceirização somente se fizesse para atividade meio; a contrario sensu, se fosse atividade-fim, haveria o reconhecimento do vínculo (desde que a contratada não fosse a Administração Pública).⁴²

³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p.543.

⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p.543.

⁴¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p.431.

⁴² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 728.

Por fim, adveio a Lei nº 13.429/2017, denominada como a nova Lei de Terceirizações, a mesma dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros, com o intuito de regulamentar as terceirizações em âmbito privado. Que alterou diversos dispositivos da Lei nº 6.019/74 e da Súmula nº 331 do TST.

3.2 Terceirização na Administração Pública

A Administração Pública utiliza o mesmo conceito de terceirização do Direito do Trabalho, o que significa dizer que, quando a Administração utiliza de um terceiro para executar tarefas que por ela careceriam de serem executadas, tem-se a terceirização dos serviços públicos. “ Cada vez que a Administração Pública recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela mesma pode executar, ela está terceirizando.”⁴³

A terceirização na Administração Pública respeita aos princípios e legislações administrativos, nada obstante também caiba a Administração Pública a sujeição as decisões da Justiça Trabalhista. Consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

Embora se trate de contratação que obedece às regras e princípios do direito administrativo, a terceirização acaba, muitas vezes, por implicar burla aos direitos sociais do trabalhador da empresa prestadora do serviço, o que coloca a Administração Pública sob a égide do direito do trabalho. Daí a necessidade de sujeitar-se às decisões normativas da Justiça do Trabalho.⁴⁴

O marco legal da terceirização na Administração Pública brasileira, sem dúvidas foi o Decreto-Lei nº 200/1967, seu artigo 10 § 7º dispunha,

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,

⁴³ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 725.

⁴⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 725.

desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.⁴⁵

Não obstante essa previsão legal, foi o fenômeno das privatizações estatais que fortaleceu a terceirização na Administração Pública no Brasil. As privatizações estatais iniciaram atividades expressivas no governo do General João Figueiredo, que privatizou 20 empresas estatais. Mais adiante no governo de Collor e posteriormente no governo de Fernando Henrique Cardoso, as privatizações estatais também foram fenômenos marcantes,⁴⁶

com o advento do governo Collor que as privatizações ganharam notável impulso. Assim, foi criado o Programa Nacional de Desestatização, por meio da Medida Provisória 155/1990, convertida na Lei 8.031/1990, várias vezes modificada, até ser revogada e substituída pela Lei 9.491/1997, alterada pelas Leis 9.700/1998, 11.483/2007 e pela Medida Provisória 2.161-35, de 2001, e regulamentada pelo Decreto 2.594/1998, alterado pelo Decreto 7.380/2010, tendo como uma de suas metas reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada todas as atividades que por ela possam ser bem executadas. De qualquer forma, o ápice da privatização deu-se nos dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso, que introduziu reformas para “desafogar” o Estado de atividades que, supostamente, poderiam ser realizadas de modo mais eficiente por particulares, adotando, desta forma, uma ideologia neoliberal.⁴⁷

Atualmente, na administração pública, a terceirização encontra fundamento legal no artigo 37, XXI, da Constituição Federal e na Lei 8.666/93, que trata das licitações, que foi sucedida recentemente pela Lei 14.133/2021.⁴⁸

⁴⁵ BRASIL. Decreto Lei nº 200, de 25 de Fevereiro de 1967. Brasília, 1967.

⁴⁶ ZOCKUN, Carolina Zancaner. Terceirização na Administração Pública. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/5/edicao-1/terceirizacao-na-administracao-publica>>. Acesso em: 01 de mar. 2022.

⁴⁷ ZOCKUN, Carolina Zancaner. Terceirização na Administração Pública. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/5/edicao-1/terceirizacao-na-administracao-publica>>. Acesso em: 01 de mar. 2022

⁴⁸ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 725.

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.⁴⁹

Através desse inciso é possível visualizar que a Constituição Federal autoriza que serviços sejam contratados pela Administração através de licitação pública.

Ademais, em âmbito público, a nova Lei de Terceirizações, a Lei nº 13.429/2017, que regulamenta as terceirizações, não é aplicada. Portanto a parte da Súmula nº 331 do TST, que trata da Administração Pública, ainda é válida, assevera Maria Sylvia de Zanella Di Pietro que:

Quanto à terceirização no âmbito da Administração Pública, é importante realçar que a Lei nº 6.019/74, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.429/17, não tem aplicação (salvo no caso das empresas estatais), continuando a aplicar-se a Súmula nº 331, do TST, na parte em que cuida especificamente da Administração Pública.⁵⁰

Outrossim, importante diferenciar a terceirização lícita da terceirização ilícita na Administração Pública, a Súmula nº 331 do TST, em seu item III, diz que

Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-6-83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.⁵¹

⁴⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

⁵⁰ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 730.

⁵¹ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LEGALIDADE. Disponível em:

<https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 22/11/2021.

É importante que inexistam pessoalidade e subordinação direta para que não se caracterize o vínculo de emprego na terceirização. A subordinação necessária para caracterizar o vínculo empregatício entre o tomador e o trabalhador, é aquela em que diretamente o tomador passa a dirigir os serviços do terceirizado, dando ordens e exercendo o poder disciplinar.⁵²

A pessoalidade necessária para caracterizar o vínculo empregatício, exemplificando, seria o contrato com a pessoa física, certa e determinada, pois na terceirização lícita deve ser irrelevante ao tomador dos serviços a identidade do trabalhador terceirizado.⁵³

Assim, se o tomador do serviço escolhe o trabalhador, dá ordens diretas a ele e não à empresa contratada, exerce sobre ele o poder disciplinar, aplicando-lhe penalidades, se a empresa contratada se substitui, mas os trabalhadores continuam, o que ocorre é fornecimento de mão de obra, porque estão presentes a pessoalidade e a subordinação direta.⁵⁴

Concluindo, a Administração Pública não pode contratar trabalhadores intermediada por uma empresa de prestação de serviços a terceiros, pois o contrato assumiria a forma de fornecimento de mão de obra (terceirização ilícita), bem como infringiria a regra do concurso público, prevista no artigo 37 inciso II da Constituição Federal.⁵⁵

O que a Administração Pública pode fazer licitamente em termos de terceirização é a contratação sob a forma de prestação de serviços, em que o vínculo é formado com a empresa contratada e não com os empregados terceirizados. Resguardando-se assim de uma possível responsabilidade civil, administrativa e criminal.⁵⁶

⁵² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 735-736.

⁵³ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 736.

⁵⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 736.

⁵⁵ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 736.

⁵⁶ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 736.

A aplicação da Súmula nº 331 do TST em relação a Administração Pública, especificamente o inciso IV, foi o que suscitou em questionamentos no meio jurídico sobre a responsabilidade subsidiária do ente público,

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.⁵⁷

A Súmula nº 331, trouxe uma discussão sobre a viabilidade de se responsabilizar a Administração Pública automaticamente nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador.⁵⁸

Esse entendimento de responsabilizar automaticamente a Administração Pública contraria claramente o artigo 71 § 1º da Lei nº 8.666/93 que prevê:

§ 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.⁵⁹

Diante desses dois entendimentos divergentes, a discussão foi levada ao Supremo Tribunal Federal que,

No julgamento da ADC 16/DF, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, impondo limites à aplicação da responsabilização subsidiária da Administração Pública. A tese fixada foi o de que a mera inadimplência da contratada pelo pagamento dos

⁵⁷ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LEGALIDADE. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 22/11/2021.

⁵⁸ CALCINI, Ricardo. CARVALHO, Thales. A terceirização e o ônus da prova: aplicação da Lei de Acesso à Informação. Conjur, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-15/pratica-trabalhista-terceirizacao-onus-prova-aplicacao-lei-acesso-informacao>> Acesso em: 22/11/2021.

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993 Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 22/11/2021.

encargos não poderia transferir automaticamente a responsabilidade à Administração Pública. Entretanto, assentou-se que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações da contratada, poderia gerar tal responsabilidade. Essa mesma lógica foi reforçada na tese firmada no julgamento do RE 760.931/DF, com repercussão geral reconhecida (Tema 246). Manteve-se, assim, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, tão somente quando restasse comprovada a sua conduta culpa. Aliás, esse entendimento foi ratificado na redação do artigo 121, §2º da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações).⁶⁰

Exemplificando, para que não seja responsabilizada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas na Justiça do Trabalho, a Administração Pública tem de tomar algumas precauções, consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

- a) colocar nos instrumentos convocatórios e nos contratos cláusula em que fique clara a aplicação da norma do artigo 71 da Lei nº 8.666/93;
- b) inserir nos instrumentos convocatórios de licitação e nos contratos cláusula prevendo a aplicação de penalidade pelo descumprimento da norma do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo da rescisão do contrato com fundamento no artigo 78, I e II, da mesma lei;
- c) na atividade de fiscalização do cumprimento do contrato, verificar se a contratada está cumprindo as obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; em caso de inadimplemento, aplicar as penalidades cabíveis;
- d) exigir a atualização, a cada 180 dias, da Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT) referida na Lei nº 12.440, de 7-7-11.⁶¹

Cabe esclarecer que mesmo que tomadas essas cautelas o TST ainda pode decretar a responsabilidade subsidiária do ente público, que deverá formular reclamação administrativa direcionada ao STF.⁶²

⁶⁰ CALCINI, Ricardo. CARVALHO, Thales. A terceirização e o ônus da prova: aplicação da Lei de Acesso à Informação. Conjur, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-15/pratica-trabalhista-terceirizacao-onus-prova-aplicacao-lei-acesso-informacao>> Acesso em: 22/11/2021.

⁶¹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 733-734.

⁶² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 734.

3.3 A responsabilidade subsidiária/solidária do ente público

Para uma clara compreensão do tema, far-se-á uma breve explanação sobre a responsabilidade subsidiária e solidária da Administração Pública.

A responsabilidade solidária pode ser definida como aquela em que existindo diversos credores e devedores para um mesmo crédito, todos são responsáveis pela totalidade do débito, como se únicos credores ou devedores fossem, conforme preconiza Maria Helena Diniz, " Percebe-se, então, que o credor poderá exigir de qualquer co-devedor a dívida por inteiro, e o adimplemento da prestação por um dos devedores liberará a todos ante o credor comum".⁶³

Na responsabilidade subsidiária, por sua vez, existe uma ordem a ser preservada. Primeiro deve-se cobrar toda a dívida do devedor principal, caso ele não consiga arcar com a mesma então poderá ser acionado o devedor subsidiário para que quite os débitos.⁶⁴

A responsabilidade subsidiária das entidades terceirizantes, necessita da relação trilateral, envolvendo o trabalhador, a empresa tomadora e a empresa terceirizada. A empresa Tomadora, sobrevém para auxiliar o trabalhador terceirizado na cobrança de verbas trabalhistas, quando houver instabilidades na empresa Terceirizadora dos serviços,

é a possibilidade, imposta pela lei, de fazer com que o tomador de serviços, que se beneficiou dos serviços prestados por um empregado terceirizado que teve seus direitos violados pela empresa que o contratou (terceirizada), pague subsidiariamente pelos prejuízos causados ao trabalhador.

⁶³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 2- volume : teoria geral obrigações — 22. ed. rev. e atual, de 06-7136 acordo com a Reforma do CPC — São Paulo: Saraiva, 2007. p. 156.

⁶⁴ ACS. Responsabilidade solidária X Responsabilidade subsidiária. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/responsabilidade-solidaria-x-responsabilidade-subsidiaria>>. Acesso em: 23/11/2021.

A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto às obrigações trabalhistas para as empresas em geral está disciplinada pelo inciso IV da Súmula 331 do TST (...).⁶⁵

A responsabilidade subsidiária determinada para as empresas privadas, não é a mesma aplicada para a Administração Pública. A responsabilização subsidiária e solidária do ente público, pelas verbas as quais a empresa terceirizada de serviços não arcou, está disciplinada no artigo 121 § 2º da Nova Lei de Licitações nº 14133/21,⁶⁶

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

§ 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.⁶⁷

A responsabilidade solidária do ente público ocorre somente em relação aos encargos previdenciários, ao passo que a responsabilidade subsidiária ocorre em relação aos encargos trabalhistas, isto é, somente se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado é que poderá o ente público ser responsabilizado.

Essa previsão legal que impossibilita a transferência da responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, respeita o princípio da responsabilidade estatal, na medida em que,

⁶⁵ PANTALEÃO, Sergio Ferreira. A responsabilidade subsidiária da administração pública nas condenações trabalhistas. Guia Trabalhista, 2019. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/Administracao-publica-responsabilidade-subsidiaria.htm>>. Acesso em: 02 de mar. de 2022.

⁶⁶ PANTALEÃO, Sergio Ferreira. A responsabilidade subsidiária da administração pública nas condenações trabalhistas. Guia Trabalhista, 2019. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/Administracao-publica-responsabilidade-subsidiaria.htm>>. Acesso em: 02 de mar. de 2022.

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 23/11/2021

Entendimento diverso poderia levar à preocupação já externada pelo Ministro Gilmar Mendes, em artigo intitulado “ Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União ‘seguradora universal’?”, ao afirmar que “ por mais que se faça um pretense juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo “à brasileira”, no qual os lucros são apropriados e os prejuízos socializados”.⁶⁸

Entretanto, tal posicionamento não pode ser usado para desincumbir a Administração Pública da fiscalização e exigência do cumprimento das condições de habilitação de seus contratos.⁶⁹

O que não importa em dizer que automaticamente a Administração Pública poderá ser chamada para responder em juízo por obrigações trabalhistas não pagas por empresas que a mesma contratou, o que,

resultaria em duplo prejuízo ao ente da Administração Pública, que, apesar de ter cumprido regularmente as obrigações previstas no contrato administrativo firmado, veria ameaçada a sua execução e ainda teria de arcar com consequência do inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada.⁷⁰

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 Distrito Federal. 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. Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 09/09/2011.p.34.

⁶⁹ ⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 Distrito Federal. 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. Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 09/09/2011.p.35.

⁷⁰ Ibidem, p. 36-37.

Isso não impede que excepcionalmente caso fique demonstrado no caso em concreto que a Administração Pública tenha havido comportamento culposos, se tenha reconhecida sua responsabilidade subsidiária,

Cumpra assinalar, por necessário, que o dever jurídico das entidades públicas contratantes de bem selecionar e de fiscalizar a idoneidade das empresas que lhes prestam serviços abrange não apenas o controle prévio à contratação – consistente em exigir das empresas licitantes a apresentação dos documentos aptos a demonstrarem a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a situação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal (Lei nº 8.666/93, art. 27) –, mas compreende, também, o controle concomitante à execução contratual, viabilizador, entre outras medidas, da vigilância efetiva e da adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei nº 8.666/93, art. 67), sob pena de enriquecimento indevido do Poder Público e de injusto empobrecimento do trabalhador, situação essa que não pode ser coonestada pelo Poder Judiciário.⁷¹

Isto significa que o artigo 121 § 2º da Lei nº 14.133/21, que trata da responsabilização do ente público, deve ser interpretado em conformidade com os princípios e leis que regem à Administração Pública.

A Lei de Licitações prevê a fiscalização do contrato de prestação de serviços, daí surge o dever de fiscalização dos direitos dos trabalhadores terceirizados,

disso decorre naturalmente que a inobservância deste dever de fiscalização implica a responsabilidade da Administração pelo

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. P.101.

inadimplemento dos direitos que deveriam ser fiscalizados. Esta responsabilidade não se esgota com a demonstração de uma simples verificação superficial da formalização dos vínculos de emprego, pois o padrão fiscalizatório acima retratado exige o envolvimento direto e diário da Administração com a rotina das práticas trabalhistas da empresa contratada. A Administração só se desincumbe deste seu dever quando demonstra a promoção eficaz de todos os procedimentos legais de controle, além daqueles que, embora não previstos expressamente na lei, sejam indispensáveis à eficiência da fiscalização na obtenção dos seus resultados, em respeito ao princípio da eficiência administrativa que rege a Administração Pública (Constituição, art. 37).⁷²

Concluindo, é pacífico na jurisprudência brasileira o entendimento de que a responsabilidade seja solidária, seja subsidiária, pelos encargos trabalhistas não pagos aos empregados do contratado não se transfere automaticamente ao ente público.

Este posicionamento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 760.931, que por maioria, apreciando o tema 246 de repercussão geral, conheceu em parte do recurso extraordinário e na parte conhecida, a ele deu provimento, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux. O Tribunal deliberou por fixar a seguinte tese de repercussão geral,

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. P.103-104.

responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.⁷³

As consequências jurídicas que o Recurso Extraordinário 760.931 trouxeram ao cenário administrativo brasileiro serão analisadas no próximo capítulo.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. P.354.

4. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO RE 760.931 SOBRE A DEFINIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA PARA FINS DE RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO

Esse capítulo abordará as consequências jurídicas ocasionadas a partir do julgamento Recurso Extraordinário 760.931 para a definição do ônus da prova com o fim de responsabilizar subsidiariamente o ente público.

Serão abordados os fundamentos do RE 760.931, bem como a definição de ônus da prova dando ênfase aos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim serão apresentadas as implicações jurídicas da definição do ônus da prova para a terceirização de serviços na Administração Pública.

4.1 Fundamentos do RE 760.931

O Recurso Extraordinário 760.931 de repercussão geral foi julgado no ano de 2017, e teve a seguinte ementa,

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.⁷⁴

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART.

Trata-se de um Recurso Extraordinário interposto pela União contra um acórdão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Segundo a União estariam violados na decisão os artigos 5º, II, 37, *caput*, 97 e 102, § 2º da Constituição Federal, se fosse mantida sua responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas não pagos pela empresa prestadora de serviços terceirizados. Bem como, violado o que foi decidido na ADC nº 16, ademais,

Assevera declarada pela Corte trabalhista a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, a despeito de já afirmada sua constitucionalidade por este STF, ao julgamento da referida ADC nº 16, e vedada, por conseguinte, a responsabilização subsidiária do ente público, tomador dos serviços, com suporte no art. 37, § 6º, da Constituição da República. Anota que apenas “eventualmente, quando PROVADA a culpa in vigilando, fica autorizada a responsabilização subsidiária” (destaque no original), de todo inviável presumi-la, e que inserida no item IV da Súmula 331/TST obrigação frontalmente contrária ao art. 71, § 1º, da Lei de Licitações.⁷⁵

O Recurso Extraordinário foi conhecido em parte, e na parte conhecida foi lhe dado provimento, fixando-se a seguinte tese de repercussão geral,

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.⁷⁶

71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. P. 1-2.

⁷⁵ Ibidem, P.18-19.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS

Os fundamentos da tese em grande maioria estão baseados no voto do Ministro Luiz Fux, portanto, far-se-á uma análise pormenorizada do voto. Primeiramente, o Ministro Luiz Fux contextualiza que a constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 já foi alvo de debates no Supremo Tribunal Federal, culminando na ADC nº 16, que declarou constitucional o referido artigo.

Portanto, nas palavras do Ministro Luiz Fux:

A ADC foi claríssima em assentar que o artigo 71, tal como reformado, era constitucional. Assim, essa declaração de constitucionalidade fez coisa julgada. Uma interpretação conforme do artigo 71, a esta altura, levaria a uma *contradictio in terminis*, ou seja, foi declarada a constitucionalidade, e a interpretação da lei, conforme a Constituição, dando uma interpretação diferente, é uma modalidade de declaração de inconstitucionalidade parcial. Então, nós teríamos um choque entre a ação que declarou constitucional a lei e uma ação posterior que infirma a decisão anterior, dando uma interpretação conforme e - digamos assim - nulificando a coisa julgada formada sobre a declaração de constitucionalidade, a ADC 16.⁷⁷

Acrescenta ainda o Ministro que a Lei nº 9.032/95 ao reformar o artigo 71 da Lei nº 8.666/93, implementou ao artigo o §2º que tratou de excluir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas. “ Por quê? Porque ela já cumpre, no momento da licitação, a observância da aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada. ”⁷⁸

CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. p. 5.

⁷⁷ *Ibidem*, p.222.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO.

Sobre a proteção ao trabalhador terceirizado, entende o Ministro que durante a contratação da empresa terceirizada de serviços o Poder Público deve fiscalizar a mesma, através de uma cláusula que suscite essa fiscalização no edital ou no contrato.⁷⁹

Por fim, encerra o Ministro Luiz Fux seu voto, exprimindo a ideia de que a jurisdição constitucional tem limites, e que o Legislativo ao redigir a Lei 9.032/95 optou por não criar a responsabilidade subsidiária do ente público, portanto deve a jurisdição constitucional respeitar tal decisão.⁸⁰

Concluindo, o Recurso Extraordinário estabeleceu pareceres importantes acerca do tema. As empresas para atenderem as demandas da sociedade vem modificando o escopo de suas atividades, através da reconcentração de atividades principais e da terceirização das demais atividades que muitas das vezes eram vistas como basilares.⁸¹

INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. p. 223.

⁷⁹ Ibidem, p.225.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. p.225.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS

A fragmentação das atividades entre pessoas jurídicas distintas não é considerado fraude, e sim uma estratégia das empresas. Que foi introduzida a Administração Pública através do princípio da eficiência, previsto constitucionalmente, “ para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.” ⁸²

Na Administração a terceirização objetiva alcançar melhor performance ao desincumbir a outros o fornecimento de bens e serviços que antes eram fornecidos por ela mesma. Com o intuito de que a Administração Pública possa se concentrar em atividades que lhes sejam centrais.⁸³

São apresentados no RE 760.931, os seguintes benefícios da terceirização,

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

LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. p. 2.

⁸² Ibidem, p.2.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. p.3.

excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custosfixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiii) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xiv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.⁸⁴

Diante de tais benefícios corroborados com as demonstrações internacionais teóricas e práticas de que a terceirização não torna precária às condições de trabalho dos empregados terceirizados, entende o Supremo Tribunal Federal que, “ A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis”⁸⁵

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. p.3.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. p.4.

Em conclusão, considerou legítima a escolha do legislador de não transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, ratificando a constitucionalidade do art. 71 § 1º da Lei nº 8.666/93, posicionamento proferido na ADC nº 16.

4.2 Definição do ônus da prova: o RE 1.298.647 e o posicionamento do TST

Dessarte o que foi decidido no Recurso Extraordinário 760.931, questões pertinentes ao tema ficaram sem solução, como a quem incumbirá o ônus da prova para fins de responsabilizar subsidiariamente o ente público. O que produziu insegurança jurídica sobre a matéria, que foi alvo de um novo Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal, o RE 1.298.647, cujo tema de repercussão geral é a definição 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 RE 760.931 (Tema 246).⁸⁶

Quando julgou os embargos de declaração, do RE 760.931, o Supremo Tribunal Federal, decidiu pela impossibilidade da responsabilização automática do ente público, no entanto, caso verificada conduta omissiva ou comissiva da Administração na fiscalização dos contratos, poderá sobrevir uma eventual condenação ao pagamento dos encargos trabalhistas.⁸⁷

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/tema1118_audienciapublica.pdf>. Acesso em: 23/11/2021.p 1.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/tema1118_audienciapublica.pdf>. Acesso em: 23/11/2021.p.3.

Em julgamento de embargos de declaração contra o acórdão proferido no julgamento do RE 760.931, o Plenário do STF, nada obstante tenha rejeitado o recurso, fez constar expressamente que haverá responsabilidade subsidiária do poder público no caso de comprovação da culpa in eligendo ou culpa in vigilando.⁸⁸

Ainda assim, quanto a quem incumbiria o ônus de comprovar uma eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, tem posicionamento divergente:

Trata-se de temática que, a um só tempo, conduz à reflexão sobre os parâmetros de compliance trabalhista que necessita ter a Administração Pública em seus contratos, bem como ao debate relacionado às diligências que os juízos precisam empreender para que reste configurada ou afastada uma obrigação de responsabilização subsidiária.⁸⁹

No julgamento do Recurso Extraordinário 760.931, quando levantado o questionamento sobre a quem incumbiria o ônus da prova, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Luís Roberto Barroso e o Ministro Dias Toffoli, entenderam que o Supremo Tribunal Federal deveria fixar na tese a quem incumbiria o ônus da prova.⁹⁰

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/tema1118_audienciapublica.pdf>. Acesso em: 23/11/2021.p.4.

⁸⁹ Ibidem, p. 5.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. P. 347-349.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez alegou que não caberia ao Supremo Tribunal Federal a análise de provas argumentando da seguinte forma,

Suponhamos que o reclamante promova uma demanda alegando isso. Então, ele tem que provar o fato constitutivo do seu direito: deixei de receber, porque a Administração largou o contratado para lá, e eu fiquei sem receber. Na defesa, caberá... Porque propor a ação é inerente ao acesso à Justiça. O fato constitutivo, é preciso comprovar na propositura da ação. E cabe ao réu comprovar fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor. Então, a Administração vai ter que chegar e dizer: "Claro, olha aqui, eu fiscalizei e tenho esses boletins". E tudo isso vai se passar lá embaixo, porque aqui nós não vamos mais examinar provas.⁹¹

Findando, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal concordou com o Ministro Luiz Fux ao entender que as provas não seriam matéria analisável no Supremo Tribunal Federal.⁹²

Diante dessa lacuna o Tribunal Superior do Trabalho se manifestou. O TST entendeu que por não ter o STF se posicionado acerca das regras de distribuição do ônus probatório, estaria esta definição a cargo do Tribunal Superior do Trabalho.⁹³

Com base nisso, definiu o Tribunal Superior do Trabalho que,

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. p.349-350.

⁹² Ibidem, p. 352.

⁹³ TRABALHO, Tribunal Superior do. Terceirização no setor público: cabe ao contratante comprovar fiscalização do contrato. TST, 2019. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/terceirizacao-no-setor-publico-cabe-ao-contratante-comprovar-fiscalizacao-do-contrato/pop_up>. Acesso em: 23/11/2021.

nos casos em que o prestador de serviços não cumpre suas obrigações trabalhistas, cabe ao órgão público tomador dos serviços demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato, para que não seja responsabilizado. O fundamento da decisão é o chamado princípio da aptidão para a prova, que vincula o ônus a quem possui mais e melhores condições de produzi-la. “Certamente não é o trabalhador, que sequer consegue ter acesso à documentação relativa à regularização das obrigações decorrentes do contrato”, assinalou o relator, ministro Cláudio Brandão.⁹⁴

Ainda, segundo o Ministro Cláudio Brandão, a Lei nº 8.666/93 que diz que não há a responsabilização subsidiária automática do ente público atribuído ao tomador de serviços o ônus da fiscalização do contrato, acrescenta que esse dever de fiscalização, inclusive, deverá ser atribuído a uma pessoa designada. Sendo o dever de fiscalização um ônus do tomador de serviços. Na terceirização dos serviços caberá, no entendimento do TST, ao contratante comprovar que fiscalizou o contrato.⁹⁵

Por certo que frente a relevância da temática, este posicionamento suscitou no Recurso Extraordinário 1.298.647 que aguarda posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal.

Recentemente o procurador-geral da República, Augusto Aras, emitiu sua opinião no Recurso Extraordinário 1.298.647, resumidamente o Procurador entendeu que a obrigação de fiscalizar os contratos administrativos é dever da Administração Pública,

Analizando-se todas essas normas, vê-se que é da Administração Pública a obrigação ordinária de fiscalização contratual, que há de ser adequada, periódica, documentada e publicizada. Na perspectiva da adequação, cumpre à Administração Pública, na efetivação desse desiderato, disciplinar, mediante o uso do poder regulamentar, como se dará essa

⁹⁴ TRABALHO, Tribunal Superior do. Terceirização no setor público: cabe ao contratante comprovar fiscalização do contrato. TST, 2019. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/terceirizacao-no-setor-publico-cabe-ao-contratante-comprovar-fiscalizacao-do-contrato/pop_up>. Acesso em: 23/11/2021.

⁹⁵ TRABALHO, Tribunal Superior do. Terceirização no setor público: cabe ao contratante comprovar fiscalização do contrato. TST, 2019. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/terceirizacao-no-setor-publico-cabe-ao-contratante-comprovar-fiscalizacao-do-contrato/pop_up>. Acesso em: 23/11/2021.

fiscalização da maneira mais apropriada ao contexto e à atividade que optou-se por terceirizar, disciplinando os modos e a frequência desse monitoramento, tendo em conta as balizas legais do Direito Administrativo e dos Direitos do Trabalho e Previdenciário.⁹⁶

Ao optar pela terceirização de seus serviços a Administração Pública deve gerir os riscos dessa escolha, e possíveis fraudes e corrupções devem ser previstos e evitados “ com a regulamentação de mecanismos capazes de identificar, analisar e tratar incidentes com potenciais lesivos ao Poder Público, impedindo ou minimizando seus impactos.”⁹⁷

Em seguida argumenta o Procurador sobre a “ distribuição dinâmica do ônus da prova”. Que é uma técnica utilizada para distribuir o encargo probatório, nos casos em que há peculiaridades no direito material discutido ou desigualdades nas capacidades probatórias entre as partes.⁹⁸

O mecanismo da distribuição dinâmica das cargas probatórias determina que o ônus da prova sobre determinado fato há de recair sobre a parte que se encontra em melhores condições fáticas, econômicas, técnicas e jurídicas de demonstrá-lo no caso concreto.⁹⁹

Por fim, entende o Procurador ser cabível uma distribuição do ônus da prova na responsabilidade subsidiária do ente público. De um lado o trabalhador terceirizado que arguir não ter suas obrigações trabalhistas adimplidas deverá comprovar que havia um vínculo com a empresa terceirizada. De sobremodo a Administração Pública

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022.p 30.

⁹⁷ Ibidem, p. 30.

⁹⁸ Ibidem, p. 43.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022.p 44.

caberá comprovar que instituiu mecanismos regulamentados de fiscalização contratual, bem como, que os mesmos foram devidamente aplicados ao contrato do reclamante,¹⁰⁰

É de fato do Poder Público o ônus processual de comprovar seu pleno zelo quanto ao adimplemento de sua obrigação fiscalizatória (art. 818, II e § 1º, CLT; art. 373, II, CPC/2015), comprovando, perante o juízo, os procedimentos que adota para a referida fiscalização e sua efetiva realização em relação ao contrato de terceirização de que resultaria a responsabilização subsidiária.¹⁰¹

Concluindo por ser do ente público o dever de comprovar que efetivamente fiscalizou o contrato administrativo, sob pena de lhe ser imputada eventual condenação para satisfazer as obrigações trabalhistas não quitadas pela empregadora.¹⁰²

4.3 Implicações jurídicas acerca da definição do ônus da prova para a terceirização de serviços na Administração Pública

Definir a quem incumbirá o ônus da prova nos casos de responsabilidade subsidiária do ente público é uma decisão de suma importância no meio jurídico brasileiro, uma vez que somente até o ano 2017, haviam entorno de cem mil processos aguardando julgamento acerca do tema.¹⁰³

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022.p.50-51.

¹⁰¹ Ibidem, p. 54.

¹⁰² Ibidem, p. 54.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO

Frisa-se que até o presente momento, apenas no município de São Paulo, entre os anos de 2018 e 2021, já se totalizam 10.781 novas reclamações trabalhistas, acerca da responsabilidade subsidiária do ente público,¹⁰⁴

O Município de São Paulo argumenta, em suma, que “Somente nos últimos 03, três anos (2018 a 2020), foram ajuizadas 9.817 reclamações trabalhistas contra o Município de São Paulo, sendo praticamente todas referentes à terceirização. Apenas nos três primeiros meses deste ano de 2021, foram ajuizadas mais 964, totalizando 10.781 novas reclamações trabalhistas desde 2018! Tais reclamações trabalhistas têm resultado em condenações da Municipalidade por responsabilidade subsidiária, com significativo impacto financeiro”.¹⁰⁵

Além do relevante impacto financeiro para os cofres públicos, a decisão acerca do ônus probatório afetará tanto a efetividade do Direito do Trabalho, quanto a probidade da Administração. E as fraudes e corrupções nos contratos de terceirização que desta decisão podem decorrer, podem afetar negativamente tanto a Administração Pública quanto os trabalhadores terceirizados.¹⁰⁶

A terceirização de serviços na Administração Pública é uma atividade que pode ser utilizada como meio a propiciar o enriquecimento ilícito, por esta razão a mesma

PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. P. 343.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6048634>>. Acesso em: 03/02/2022.p 4.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 4.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/tema1118_audienciapublica.pdf>. Acesso em: 03/02/2022.p 5.

deve ser sempre fiscalizada. O risco de que ocorram fraudes e corrupção nas terceirizações envolvendo o ente público é legítimo, o que gera para a Administração um dever de gestão de tais riscos, com o intuito de prevenir, impedir ou minimizar os atos lesivos ao Poder Público,¹⁰⁷

Esse cenário reflete-se diretamente no tema ora em debate, na medida em que a discussão acerca dos aspectos de produção de prova na perspectiva das fraudes trabalhistas perpassa as próprias obrigações da Administração Pública, decorrentes dos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, na forma do art. 37, caput, da Constituição Federal.¹⁰⁸

A decisão que será proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 1.298.647, deverá levar em consideração extensos setores sociais, porquanto afetará milhares de trabalhadores terceirizados brasileiros e também as práticas administrativas dos entes da federação.¹⁰⁹

As implicações jurídicas entre escolher um ou outro polo da relação trabalhista terceirizada para incumbir o ônus da prova nos casos de responsabilização da Administração Pública, tem um impacto social impossível de prever.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em:

<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/tema1118_audienciapublica.pdf>. Acesso em: 03/02/2022.p.5-6.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em:

<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/tema1118_audienciapublica.pdf>. Acesso em: 03/02/2022.p. 6.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em:

<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/tema1118_audienciapublica.pdf>. Acesso em: 03/02/2022.p.6.

Caso o Supremo Tribunal Federal decida que incumbe ao Poder Público o ônus probatório, o fato é que isso desencoraja a utilização da terceirização no setor público. Segundo os defensores dessa tese o trabalhador terceirizado é a parte hipossuficiente da relação, e o direito a suas verbas trabalhistas são garantias constitucionais, ademais como assevera o Ministro Dias Toffoli:

é muito difícil ao reclamante fazer a prova de que a fiscalização do agente público não se operou, e que essa prova é uma prova da qual cabe à Administração Pública se desincumbir caso ela seja colocada no polo passivo da reclamação trabalhista, porque, muitas vezes, esse dado, o reclamante não tem.¹¹⁰

Enquanto que, os defensores da tese de que o ônus probatório é da parte reclamante, aduzem que ao ingressar com uma ação judicial quem tem que provar o fato constitutivo do seu direito é o autor.¹¹¹

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. P. 349.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 760.931/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 23/11/2021. p. 349.

E que inclusive a Lei de Acesso à informação, regulamenta medidas de acesso de usuários a registros administrativos caso necessário, segundo Ricardo Calcini e Thales Carvalho,

É com base em tal lei que o trabalhador poderá obter as provas necessárias sobre a culpa da Administração Pública na escolha da contratada (culpa in eligendo) ou por omissão na fiscalização de seus contratos administrativos (culpa in vigilando). A Lei de Acesso à Informação possui claro comando normativo que prevê o direito a qualquer interessado de ter acesso a informações relativas a atividades exercidas pelos órgãos e entidades da Administração Pública, contratos administrativos firmados e procedimentos licitatórios.¹¹²

Quando celebra contrato de serviços fato é que a Administração Pública é o polo central de tais contratos, que abarcam os trabalhadores terceirizados. E a partir disso forma contratos de trabalho essenciais para à execução do contrato principal.¹¹³

A contratação de empresa para realização de serviços que demandam mão de obra é causa determinante necessária do entabulamento de vínculos de emprego que, por sua vez, constituem fonte matriz de incidência do estatuto de proteção jurídica do trabalhador, cujo arcabouço mínimo se ampara no rol dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.¹¹⁴

¹¹² CALCINI, Ricardo. CARVALHO, Thales. A terceirização e o ônus da prova: aplicação da Lei de Acesso à Informação. Conjur, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-15/pratica-trabalhista-terceirizacao-onus-prova-aplicacao-lei-acesso-informacao>> Acesso em: 22/11/2021.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022.p 26.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022. p. 26.

É importante destacar que para o trabalhador terceirizado, o contrato de prestação de serviços é a única garantia que ele possui de adimplemento de sua mão de obra. Os salários e os outros direitos patrimoniais trabalhistas, são verbas alimentares, “ O implemento das obrigações trabalhistas, nesse plano, constitui condição de satisfação de direitos fundamentais sociais, cuja promoção e garantia compete precipuamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.”¹¹⁵

As implicações jurídicas para o trabalhador terceirizado do descumprimento do contrato administrativo, quando não vê satisfeito o pagamento de suas verbas trabalhistas, é a lesão direta aos direitos fundamentais dos trabalhadores,¹¹⁶

É de vulnerabilidade a situação do trabalhador terceirizado que labora em prestação de serviços contratados pela administração pública. A empresa contratada, sua empregadora, em contraponto à posição privilegiada da administração no contrato administrativo, dispõe de garantia contratual de equilíbrio econômico-financeiro.

Já o trabalhador, para fazer face à inadimplência da empresa contratada, ampara-se na obrigação jurídica de fiscalização imputada ao ente público, especialmente por ocasião do pagamento das faturas do serviço, como garantia essencial de adimplemento de suas verbas trabalhistas.¹¹⁷

O trabalhador terceirizado, é o polo mais fraco da relação jurídica envolvendo a terceirização de serviços na Administração Pública, e depende da fiscalização contratual eficiente do ente público para garantir que seu direito social em receber suas verbas trabalhistas seja efetivado.¹¹⁸

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022. p. 27.

¹¹⁶ Ibidem, p.27.

¹¹⁷ Ibidem, p 28.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022.p. 28.

A terceirização traz inúmeros benefícios e deveres à Administração Pública, e o gerenciamento de seus riscos, para evitar ilicitudes, corrupções e desvios indevidos das verbas públicas é um dever positivado pela Lei nº 14.133/2021, que “ se traduzem na prática de atos administrativos vinculados, decorrentes dos princípios da legalidade, da eficiência e da publicidade.”¹¹⁹

O princípio e a obrigação de legalidade estrita, regentes do agir da Administração Pública, abrangem a fiscalização do próprio contrato, seja quanto à obrigação principal, a execução do serviço propriamente dito, seja quanto às obrigações secundárias, resultantes dos contratos firmados com aqueles que a concretizaram. Por conseguinte, é obrigação jurídica do órgão público tomador do serviço.¹²⁰

Em relação ao ônus probatório, é certo que a parte que tem mais aptidão a produção da prova deve produzi-la em respeito ao princípio da aptidão da prova, positivado no artigo 818, § 1º do Decreto-Lei nº 5.452/1943.¹²¹

A conclusão é a de que para que as consequências jurídicas acerca da definição do ônus da prova na responsabilidade subsidiária da terceirização de

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em:

<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022. p. 31.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em:

<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022.p. 32.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em:

<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022. p. 42-43.

serviços na Administração Pública seja menos gravosa para as partes envolvidas, se faz necessária uma distribuição dinâmica do ônus probatório.¹²²

É um dever da Administração, positivado no ordenamento jurídico brasileiro e em seus princípios, a aplicação de mecanismos fiscalizatórios de seus contratos.

Cumpra à Administração regulamentar e disponibilizar a regulamentação dos mecanismos de fiscalização (especialmente o modo e a frequência do monitoramento), que há de se dar da maneira mais apropriada ao contexto e à atividade que optou-se por terceirizar, considerando-se as balizas legais do Direito Administrativo e dos Direitos do Trabalho e Previdenciário. Também incumbe à Administração comprovar a efetiva aplicação desses mecanismos de fiscalização pelo gestor do contrato.

123

Portanto, por ser o ente público, o possuidor do material probatório apto a comprovar, que efetuou a devida fiscalização contratual, e em respeito ao princípio da distribuição dinâmica do ônus da prova, é obrigação da Administração, “ colaborar com o Poder Judiciário, fornecendo toda e qualquer informação necessária ao deslinde do caso”.¹²⁴

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em:

<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022.p 50.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em:

<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022.p. 51.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em:

<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022.p. 51.

Prova que é demasiada onerosa ao trabalhador terceirizado, que nem mesmo tem acesso aos documentos relacionados com a fiscalização contratual administrativa,¹²⁵

A atribuição ajustada do ônus da prova fomenta o compliance administrativo, visando a evitar condutas irregulares e ilícitos. Contribui para que os entes aperfeiçoem o monitoramento do cumprimento das obrigações trabalhistas pelas contratadas, para que a atuação fiscalizatória possa identificar e prevenir possíveis atos de fraude e de corrupção.

É de fato do Poder Público o ônus processual de comprovar seu pleno zelo quanto ao adimplemento de sua obrigação fiscalizatória (art. 818, II e § 1º, CLT; art. 373, II, CPC/2015), comprovando, perante o juízo, os procedimentos que adota para a referida fiscalização e sua efetiva realização em relação ao contrato de terceirização de que resultaria a responsabilização subsidiária.¹²⁶

Concomitantemente, é do trabalhador terceirizado o dever de armazenar documentos relacionados ao contrato de trabalho, principalmente os que demonstrem o descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada e o vínculo dessa empresa com a Administração Pública.¹²⁷

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em:

<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022. p. 52.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em:

<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022.p 54.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em:

<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022. p. 52.

Por fim, cabe ressaltar que este é o posicionamento adotado pelo procurador-geral da República, Augusto Aras, que sugeriu ao Supremo Tribunal Federal, a fixação da seguinte tese no julgamento do Recurso Extraordinário 1.298.647,

Na caracterização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas de empresa terceirizada:

I – É ônus do trabalhador que alega o descumprimento de obrigações trabalhistas pela terceirizada demonstrar o vínculo com a empresa contratada pela Administração Pública.

II – É ônus do ente público demonstrar que cumpriu os deveres de boa escolha e fiscalização contratual adequada, periódica, documentada e publicizada, voltados a impedir o inadimplemento trabalhista da empresa contratada, englobando, no mínimo: a existência de regulamentação prevendo o modo e a frequência da fiscalização por seus agentes do cumprimento das obrigações trabalhistas; a efetiva realização das fiscalizações em relação à empresa.¹²⁸

Esse entendimento também vem sendo aplicado no Tribunal Superior do Trabalho, no entanto, somente com o julgamento do RE 1.298.647, obter-se-á uma uniformização jurisprudencial sobre a matéria.¹²⁹

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1298647_FRSLF.pdf>. Acesso em: 03/02/2022. p. 57-58.

¹²⁹ Ibidem, p 52.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente trabalho, logrou-se visualizar a relevância em âmbito econômico e jurídico da definição do ônus da prova na responsabilidade subsidiária do ente público com a terceirização de serviços.

Defronte a complexidade da terceirização na Administração Pública, como instituto jurídico relativamente novo, constantemente a legislação nacional acerca da temática é analisada com o fim de esclarecer obscuridades e de torná-la mais objetiva.

Outrossim, essa pesquisa abordou os conceitos administrativos relevantes para a compreensão do tema, introduzindo os princípios do direito administrativo, e o conceito de serviço público.

Da mesma forma, foi feito um exame da terceirização dos serviços na Administração Pública, com enfoque no panorama histórico da terceirização no Brasil, bem como na responsabilidade subsidiária e solidária do ente público.

Foi feito um exame pormenorizado do Recurso Extraordinário 760.931, que levou a fixação da tese de que o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento.

Frente a isso abordou-se as consequências jurídicas que a referida tese trouxe ao cenário jurídico brasileiro, principalmente sobre a definição do ônus da prova para fins de responsabilização subsidiária do ente público. Que culminou em um novo Recurso Extraordinário, o RE 1.298.647, que ainda aguarda julgamento por parte do Supremo Tribunal Federal.

Concluiu-se que a terceirização veio crescendo exponencialmente no cenário brasileiro, sendo muito utilizada em âmbito público e em âmbito privado.

Mesmo com a existência de dispositivos legais recentes tratando da terceirização, e as decisões do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16 e no Recurso

Extraordinário 760.931, os pormenores referentes a terceirização, como é o caso do ônus probatório para fins de responsabilização subsidiária do ente público, ainda são muito controvertidos no meio social e nos Tribunais. Necessitando de mais estudos profundos acerca do tema, e de seus impactos sociais e jurídicos.

Concluiu-se que por ser o ente público, o possuidor do material probatório apto a comprovar, que efetuou a devida fiscalização contratual, e em respeito ao princípio da distribuição dinâmica do ônus da prova, é obrigação da Administração, a colaboração com o Poder Judiciário, provendo toda e qualquer informação útil para o deslinde do caso. Com base na obrigação da Administração Pública de fiscalizar a execução de seus contratos.

Ademais, concluiu-se que cabe ao trabalhador terceirizado o dever de armazenar documentos relacionados ao contrato de trabalho, principalmente os que demonstrem o descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada e o vínculo dessa empresa com a Administração Pública.

Cumprir destacar que essa é a posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, e pelo procurador-geral da República, Augusto Aras.

Por fim, mesmo sendo mais oneroso para o ente público ter o ônus de desincumbir-se da apresentação da documentação apta a comprovar a fiscalização de seus contratos de prestação de serviços, essa é a solução coerente e que provavelmente será adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 1.298.647.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACS. Responsabilidade solidária X Responsabilidade subsidiária. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2020. Disponível em:

<<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/responsabilidade-solidaria-x-responsabilidade-subsidiaria>>.

Acesso em: 23/11/2021.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. – 10ª Ed. - São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, 1967.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993 Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 22/11/2021.

BRASIL. Lei nº 13.460 de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, 2017.

BRASIL. Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 23/11/2021

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LEGALIDADE. Disponível em:

<https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 22/11/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 Distrito Federal. 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. Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 09/09/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 Distrito Federal. 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. Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 09/09/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONSULTA PÚBLICA. UTILIDADE E NECESSIDADE. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Cecília Soares e Empaserv- Empresa Paulistana de Serviços LTDA.

CALCINI, Ricardo. CARVALHO, Thales. A terceirização e o ônus da prova: aplicação da Lei de Acesso à Informação. Conjur, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-15/pratica-trabalhista-terceirizacao-onus-prova-aplicacao-lei-acesso-informacao>> Acesso em: 22/11/2021.

Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 2- volume : teoria geral obrigações — 22. ed. rev. e atual, de 06-7136 acordo com a Reforma do CPC — São Paulo: Saraiva, 2007.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos Fundamentais e responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços. Revista Zênite de Licitações e Contratos ILC. n. 177, p.1126-1143, nov. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

PANTALEÃO, Sergio Ferreira. A responsabilidade subsidiária da administração pública nas condenações trabalhistas. Guia Trabalhista, 2019. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/Administracao-publica-responsabilidade-subsidiaria.htm>>. Acesso em: 02 de mar. de 2022.

TRABALHO, Tribunal Superior do. Terceirização no setor público: cabe ao contratante comprovar fiscalização do contrato. TST, 2019. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/terceirizacao-no-setor-publico-cabe-ao-contratante-comprovar-fiscalizacao-do-contrato/pop_up>. Acesso em: 23/11/2021.

VILLELA, Fábio Goulart. Manual de Direito do Trabalho - 2ª Ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Terceirização na Administração Pública. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/5/edicao-1/terceirizacao-na-administracao-publica>>. Acesso em: 01 de mar. 2022.