



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

MELISSA EMANUELLY MARTINS DA SILVA

**ÔNUS DA PROVA ENVOLVENDO A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO:** a interpretação da Súmula 331
do Tribunal Superior do Trabalho e o risco de configuração da prova diabólica

Recife
2025

MELISSA EMANUELLY MARTINS DA SILVA

**ÔNUS DA PROVA ENVOLVENDO A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO:** a interpretação da Súmula 331
do Tribunal Superior do Trabalho e o risco de configuração da prova diabólica

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Pernambuco,
Centro de Ciências Jurídicas, como
requisito parcial para obtenção do título de
bacharela em Direito.

Área de Concentração: Direito do
Trabalho; Direito Processual do Trabalho.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Fernanda Barreto
Lira.

Recife

2025

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Silva, Melissa Emanuely Martins da.

Ônus da prova envolvendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização: a interpretação da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e o risco de configuração da prova diabólica / Melissa Emanuely Martins da Silva. - Recife, 2025.

62 p.

Orientador(a): Fernanda Barreto Lira

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2025.

Inclui referências.

1. terceirização. 2. Administração Pública. 3. dever de fiscalização. 4. responsabilidade subsidiária. 5. ônus da prova. I. Lira, Fernanda Barreto. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

MELISSA EMANUELLY MARTINS DA SILVA

**ÔNUS DA PROVA ENVOLVENDO A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO:** a interpretação da Súmula 331
do Tribunal Superior do Trabalho e o risco de configuração da prova diabólica

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Pernambuco,
Centro de Ciências Jurídicas, como
requisito parcial para obtenção do título de
bacharela em Direito.

Aprovado em: 01/04/2025.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Fernanda Barreto Lira (Orientadora)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^º. Dr^º. Hugo Cavalcanti Melo Filho (Examinador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^º. Dr^º. João Victor Marques da Silva (Examinador)
Universidade Federal de Pernambuco

Dedico este Trabalho de Conclusão de Curso à minha mãe, quem tornou esse sonho possível.

AGRADECIMENTOS

A Deus Pai, Filho e Espírito Santo, pela proteção, por sempre guiar os meus caminhos e, especialmente, por me permitir superar os obstáculos e concluir o presente trabalho.

À Nossa Senhora, mãe santíssima, pela intercessão.

À minha mãe, Maria, minha maior incentivadora e fonte de inspiração, pelo apoio incondicional, pela força e pelo suporte em todos os momentos difíceis da minha trajetória acadêmica. Sem ela, nada seria possível.

Aos meus avôs, Antônia Joana da Silva (*in memoriam*) e Severino Martins da Silva (*in memoriam*), e à minha madrinha, Maria José Martins da Silva (*in memoriam*), por quem sinto saudades eternas. Gostaria que estivessem presentes neste momento tão significativo da minha vida.

Aos familiares e amigos que torceram por mim.

Aos amigos da Faculdade de Direito do Recife, que tornaram a jornada acadêmica mais leve, em especial à Larissa e à Ana Beatriz, com quem compartilhei as preocupações deste momento, pelo companheirismo e pela troca de experiências, e, ainda, particularmente à Larissa, que esteve comigo durante toda a graduação, desde o primeiro dia de aula, por sempre ter sido uma grande amiga, que sempre admirei pela inteligência, dedicação e cordialidade.

Aos colegas do Gabinete da Desembargadora Solange Moura de Andrade do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, pelo acolhimento e auxílio durante a realização do meu estágio, fundamental para despertar meu interesse sobre o tema objeto deste trabalho.

À minha orientadora, Fernanda Barreto Lira, que sempre se mostrou muito solícita e disponível, pela orientação e apoio na minha jornada acadêmica e, em especial, no desenvolvimento deste trabalho.

Aos professores da Faculdade de Direito do Recife, em particular, o Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira, pela orientação durante dois anos de PIBIC, essencial para minha iniciação à pesquisa científica, o que certamente contribuiu para a construção deste trabalho.

RESUMO

A presente monografia tem por tema o ônus da prova envolvendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização, que se justifica em razão da controvérsia jurisprudencial acerca da definição do responsável pelo encargo probatório nestes casos, embora já tenha havido longas discussões no âmbito do Supremo Tribunal Federal quanto à responsabilidade subsidiária da Administração Pública tomadora de serviços. O objetivo geral do presente estudo é definir interpretação mais adequada ao item V da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, com o fim de evitar o risco de configuração da prova diabólica para o trabalhador e, para tanto, é necessário abordar o instituto da terceirização, com destaque para as particularidades aplicadas à Administração Pública, sob o ponto de vista doutrinário, legislativo e jurisprudencial, contrapor os interesses envolvidos, sob a ótica dos princípios aplicáveis ao direito do trabalho – aspecto social – e ao direito administrativo – aspecto econômico – e discorrer sobre a distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, de forma a identificar possíveis soluções para o problema de pesquisa. Assim, como método de pesquisa, adotou-se a pesquisa bibliográfica, a partir de uma abordagem qualitativa. Verificou-se, dessa forma, que o ônus da prova deve ser atribuído à Administração Pública, sob pena de configuração da prova de natureza diabólica, mas, uma vez que tenha se desvencilhado dele, cabe ao trabalhador comprovar a *culpa in vigilando* do ente público tomador dos serviços.

Palavras-chave: terceirização; Administração Pública; dever de fiscalização; responsabilidade subsidiária; ônus da prova.

ABSTRACT

This monograph has as its theme the burden of proof involving the subsidiary liability of the Public Administration in outsourcing, which is justified due to the jurisprudential controversy regarding the definition of the person responsible for the evidentiary burden in these cases, although there have already been long discussions within the scope of the Federal Supreme Court regarding the subsidiary liability of the Public Administration. The general objective of this study is to define the most appropriate interpretation of item V of Summary 331 of the Superior Labor Court, in order to avoid the risk of configuring the diabolical proof for the worker and, to this end, it is necessary to address the institute of outsourcing, highlighting the particularities applied to Public Administration, from the doctrinal, legislative and jurisprudential point of view, contrast the interests involved, from the perspective of the principles applicable to labor law - social aspect - and to administrative law - economic aspect - and discuss the distribution of the burden of proof in Labor Procedural Law, in order to identify possible solutions to the research problem. Thus, as a research method, bibliographic research was adopted, based on a qualitative approach. It was verified that the burden of proof must be attributed to the Public Administration, under penalty of the evidence being of a diabolical nature, but, once it has been freed from it, it is up to the worker to prove the guilt of the public entity.

Keywords: outsourcing; Public Administration; duty of supervision; subsidiary liability; burden of proof.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DF	Distrito Federal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
LINDB	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro
RE	Recurso Extraordinário
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	13
2.1	Conceitos Doutrinários.....	13
2.2	Panorama Legislativo.....	15
2.3	Evolução Jurisprudencial.....	19
2.3.1	Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.....	19
2.3.2	Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF.....	22
2.3.3	Recurso Extraordinário 760.931/DF.....	24
2.3.4	Recurso Extraordinário 1.298.647/SP.....	27
3	BASE PRINCIPIOLÓGICA.....	29
3.1	Viés social <i>versus</i> viés econômico.....	29
3.2	Princípios aplicáveis ao direito do trabalho.....	31
3.3	Princípios aplicáveis ao direito administrativo.....	36
4	PROVAS NO PROCESSO DO TRABALHO.....	39
4.1	Distribuição do ônus da prova.....	39
4.2	Responsabilidade subsidiária da Administração Pública.....	44
5	CONCLUSÃO.....	53
	REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia propõe o estudo do seguinte tema: ônus da prova envolvendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização. Este tema se mostra importante, especialmente porque há grande controvérsia jurisprudencial quanto à interpretação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

A referida súmula prevê em seu item V a possibilidade de condenação subsidiária do ente público tomador de serviços, caso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações estabelecidas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Essa responsabilidade do ente público não decorre do mero descumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador.

Embora não fosse possível a responsabilização automática da Administração Pública, os órgãos da Justiça do Trabalho, orientando-se pelos princípios que regem o direito do trabalho, condenavam o ente público tomador dos serviços, com base na Súmula 331 do TST, quando o ente estatal não apresentava nos autos provas da fiscalização, o que evidenciava sua culpa *in vigilando*.

Ocorre que este posicionamento não era pacificado, pois havia julgadores que, a despeito da ausência de provas da fiscalização, entendiam que não cabia à Administração Pública o ônus de provar sua conduta culposa.

Nesse contexto, com as crescentes condenações da Administração Pública na Justiça do Trabalho, com fundamento na Súmula 331 do TST e, também, com a controvérsia que começou a se estabelecer em torno do tema, a temática chegou a ser debatida no Supremo Tribunal Federal (STF), o que deu origem à Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ao Recurso Extraordinário (RE) 760.931 e, mais recentemente, ao Recurso Extraordinário 1.298.647.

Enquanto os julgamentos da ADC 16 e do RE 760.931 discutiram, mais a fundo, a questão da responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa terceirizada, o RE 1.298.647 se ateve, especificamente, ao ônus da prova a ser atribuído nestes casos.

Com base nessa breve explanação, é possível perceber a necessidade de se discutir o assunto no âmbito jurídico. O problema de pesquisa que se levanta, inclusive, é: a quem deve ser atribuído o ônus de provar a fiscalização do contrato de

terceirização, de modo a não impor ao obreiro a produção de prova diabólica, nem imputar uma responsabilização automática à Administração Pública?

Este problema se apresenta em razão da necessidade de equilibrar os interesses envolvidos no que tange à definição de quem detém o referido ônus.

Partindo desse cenário, é possível perceber alguns desdobramentos jurídicos em torno desta questão, como por exemplo, a imputação do ônus da prova da fiscalização ser integralmente atribuída ao empregado hipossuficiente.

Os principais prejudicados pelo problema levantado são os trabalhadores terceirizados, que prestam serviços para a Administração Pública, mas possuem vínculo de emprego com a empresa prestadora de serviços, que, eventualmente, pode adquirir problemas financeiros, deixando de adimplir com as obrigações trabalhistas.

Diante do problema de pesquisa levantado, tem-se a seguinte hipótese: o ônus da prova, quanto à conduta culposa da Administração Pública na fiscalização dos contratos de terceirização, deve ser atribuído ao ente público tomador dos serviços, pois não o responsabiliza de forma automática, nem impõe ao obreiro a produção de prova diabólica. Fundamenta-se a hipótese indicada no princípio da aptidão para a prova, tendo em vista que o trabalhador é hipossuficiente na relação trabalhista, não possuindo os meios necessários para comprovar a ausência de fiscalização pelo ente estatal contratante.

Explicando melhor, ressalta-se que apenas a Administração Pública tem acesso às provas que demonstram a regular observância das suas obrigações, estabelecidas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, logo, possui maior aptidão para trazer tais provas aos autos.

Acerca dos objetivos, o objetivo geral desta pesquisa é definir interpretação mais adequada ao item V da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, com o fim de evitar o risco de configuração da prova diabólica para o trabalhador. A fim de alcançar referido objetivo, a pesquisa se desenvolveu a partir dos seguintes objetivos específicos: I) abordar o instituto da terceirização, com destaque para as particularidades aplicadas à Administração Pública, sob o ponto de vista doutrinário, legislativo e jurisprudencial; II) contrapor os interesses envolvidos, sob a ótica dos princípios aplicáveis ao direito do trabalho – aspecto social – e ao direito administrativo – aspecto econômico; III) discorrer sobre a distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, de forma a identificar possíveis soluções para o problema de pesquisa.

Ressalta-se que os objetivos elencados acima foram utilizados para a composição dos capítulos e subcapítulos desta monografia.

No que diz respeito à metodologia utilizada, o tipo elegido foi a pesquisa bibliográfica. Isso porque serão analisados materiais doutrinários, legislativos e jurisprudenciais envolvendo o objeto do presente estudo, com a finalidade de apresentar argumentos que respondam ao problema da pesquisa e, assim, comprovem a hipótese defendida.

Esta pesquisa foi dividida em três capítulos, da seguinte forma: o primeiro capítulo abordou o cenário no qual se insere a terceirização, destacando as suas particularidades na Administração Pública. O objetivo do segundo capítulo foi apresentar e esclarecer o conflito existente em torno do tema da pesquisa. No terceiro capítulo, o foco foi avaliar a hipótese formulada para o problema de pesquisa.

Almeja-se que o presente Trabalho de Conclusão de Curso constitua uma relevante contribuição para o debate do tema a ser abordado, bem como que possa proporcionar uma leitura agradável e proveitosa.

2 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O objetivo deste capítulo é apresentar o cenário no qual se insere a terceirização, destacando as suas particularidades na Administração Pública. Para tanto, as ideias foram estruturadas da seguinte forma: no primeiro tópico serão abordados os conceitos doutrinários relevantes sobre a terceirização; o segundo tópico tratará sobre o panorama legislativo, desde as primeiras previsões legais, ainda superficiais, até a atual regulamentação, mais direcionada; e, por fim, o terceiro tópico terá por objetivo discorrer sobre a evolução jurisprudencial acerca da temática, iniciando pela Súmula 331 do Tribunal Superior Trabalho e, posteriormente, pela análise dos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, que versaram sobre aspectos ligados à interpretação da referida súmula, quais sejam: Ação Declaratória de Constitucionalidade 16, Recurso Extraordinário 760.931 e Recurso Extraordinário 1.298.647.

2.1 Conceitos Doutrinários

A terceirização pode ser compreendida como uma relação triangular estabelecida entre: I) o empregado; II) o empregador – empresa prestadora de serviços; e III) o contratante – empresa tomadora de serviços. Trata-se de uma “descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa” (Delgado, 2023, p. 527).

O vínculo estabelecido entre o empregado e a empresa prestadora de serviços é de natureza trabalhista, uma relação de emprego, enquanto a relação entre a empresa prestadora e a empresa tomadora de serviços é de natureza civil ou comercial (Garcia, 2018a, p. 395).

Pode-se notar, a partir das definições apresentadas, que o empregado terceirizado possui vínculo empregatício com a empresa prestadora, mas exerce sua função em benefício da empresa tomadora, descentralizando as atividades desta. A empresa tomadora e a empresa prestadora, por sua vez, firmam entre si um contrato civil ou comercial, não tendo o empregado terceirizado relação direta com a empresa tomadora de serviços.

Inicialmente, a expressão terceirização passou a ser utilizada no Brasil para se referir ao trabalho prestado por uma pessoa, que não possui vínculo com a empresa, mas trabalha nela em prol, unicamente, de sua atividade-meio (Martins, 2005, p. 21).

Assim, não era admitida a terceirização do objeto principal da empresa. Então, em suma, a empresa terceirizava para não ter preocupações com a contratação direta de serviços de limpeza e vigilância, por exemplo, atendendo-se aos trabalhadores que exercem sua atividade-fim.

Garcia (2018a, p. 401) explica, nesse sentido, que a atividade-meio é aquela “de mero suporte, acessória ou periférica, que não integra o núcleo, ou seja, a essência das atividades empresariais do tomador, enquanto atividade-fim é a que compõe a atividade principal da empresa”. Verifica-se, dessa forma, que a terceirização se destinava apenas àquelas atividades secundárias da contratante.

Busca-se, com a terceirização, a redução dos custos trabalhistas e previdenciários, bem como maior agilidade, flexibilidade e competitividade (Martins, 2005, p. 24). Isso porque a responsabilidade pelos encargos fica a cargo da empresa prestadora de serviços, restando para a empresa tomadora de serviços apenas a gestão do contrato com a empresa prestadora.

Contextualizando melhor, pode-se imaginar o seguinte exemplo: uma empresa que presta serviços de tecnologia (empresa tomadora) contrata uma empresa especializada em serviços de limpeza (empresa prestadora), para que os trabalhadores desta exerçam as atividades de limpeza em sua empresa. Dessa maneira, todas as responsabilidades relativas à contratação e à manutenção do contrato de trabalho com os empregados da empresa prestadora (terceirizados) caberão à esta empresa. Deste modo a empresa tomadora apenas precisará empreender esforços quanto às obrigações trabalhistas dos empregados que efetivamente prestam serviços de tecnologia, atividade-fim da empresa.

No âmbito da Administração Pública, o objetivo não é diferente, a terceirização visa a reduzir a burocracia estatal e diminuir custos em relação a atividades secundárias, de modo que o Estado envide maiores esforços e realoque mais receitas nas suas atividades peculiares, tal como as atividades de justiça e segurança pública (Martins, 2005, p. 144).

A redução dos custos e a concentração de pessoal em sua atividade principal, porém, pode ser problemática para o trabalhador terceirizado, que fica sujeito a uma relação de trabalho precária e com menor lastro de segurança (Soares, 2017, p. 19).

Observa-se que, a partir de uma análise mais generalista, a terceirização tem o potencial de apresentar benefícios econômicos para o Estado e, conseqüentemente, para a sociedade, em razão da realocação de recursos para atividades sociais de interesse público. Contudo, sob um ponto de vista crítico, a terceirização pode se revelar como uma forma de precarização do trabalho, pois prioriza o aspecto econômico em detrimento do aspecto social.

Feita essa análise, faz-se importante compreender como as leis brasileiras retratam o assunto. Visando a elucidar ainda mais a abordagem iniciada, no próximo tópico serão observados, principalmente, os artigos da Lei n. 6.019/1974¹, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.429/2017² e pela Lei n. 13.467/2017³.

2.2 Panorama Legislativo

Acerca da legislação pertinente à terceirização, deve-se atentar, inicialmente para a regulamentação geral, estabelecida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), diploma normativo basilar da seara trabalhista.

O artigo (art.) 3º, *caput*, da CLT define empregado como “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (Brasil, 1943). Por sua vez, o *caput* do art. 2º do mesmo diploma legal define empregador como “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” (Brasil, 1943).

Observa-se, assim, que, em regra, o empregado presta serviços diretamente ao seu empregador. Contudo, a terceirização inclui um terceiro elemento nesta relação, originalmente, bilateral: o tomador de serviços, a quem o seu empregado presta serviços (Garcia, 2017, p. 49-50).

A regulamentação normativa da terceirização é recente. Os primeiros diplomas a abordarem este instituto jurídico eram mais superficiais e incipientes, tal como as

¹ A Lei n. 6.019/1974 dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras providências.

² A Lei n. 13.429/2017 altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

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

disposições da CLT sobre empreitada e subempreitada no art. 455⁴, bem como sobre a pequena empreitada no art. 652, alínea “a”, inciso III⁵ (Delgado, 2023, p. 529). Isso acontece porque, na época da publicação da Consolidação das Leis do Trabalho, prevaleciam as relações bilaterais de trabalho, uma vez que a terceirização ainda não era um fenômeno consolidado e amplamente utilizado.

As principais legislações que passaram a regulamentar a terceirização no Brasil foram, no âmbito do Administração Pública, o Decreto-Lei n. 200/1967⁶ e, no âmbito da iniciativa privada, a Lei n. 6.019/1974 (Pimenta, 2011, p. 276).

O Decreto-Lei n. 200/1967 foi publicado como incentivo à adoção da terceirização para as “atividades meramente executivas, operacionais, no âmbito da Administração Pública” (Delgado, 2023, p. 531).

Nesse contexto, o art. 10 do Decreto-Lei n. 200/67 estabeleceu que a Administração Pública deve atuar de forma amplamente descentralizada, delegando as tarefas executivas para a iniciativa privada, por intermédio de contrato, quando possível (Brasil, 1967).

A já citada Lei n. 6.019/1974, inicialmente, tratava tão somente da terceirização provisória (Delgado, 2023, p. 529). O referido diploma legal, vigente até os dias atuais, sofreu profundas alterações com a publicação da Lei n. 13.429/2017 e da Lei n. 13.467/2017, que ampliaram a abrangência da terceirização.

As modificações promovidas por esses diplomas legislativos são aplicáveis tanto à iniciativa privada, quanto à Administração Pública, desde que respeitadas as particularidades aplicáveis aos entes públicos (Garcia, 2017, p. 72-73).

Atualmente, consoante dispõe o art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974, com constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324⁷, a empresa

⁴ Dispõe a CLT: “Art. 455. Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro”.

⁵ Dispõe a CLT: “Art. 652. Compete às Varas do Trabalho: a) conciliar e julgar: (...) III - os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice”.

⁶ O Decreto-Lei n. 200/67 dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

⁷ O STF, em 30.08.2018, ao julgar a ADPF 324, firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993.

contratante pode transferir a execução de quaisquer de suas atividades à iniciativa privada, inclusive de sua atividade-fim (Brasil, 1974).

Ao que se percebe, o dispositivo legal ressalta o seguinte ponto que deve ser levado em consideração: a terceirização não mais se restringe apenas aos serviços especializados ligados à atividade-meio da empresa contratante ou a atividades de limpeza e conservação e de vigilância.

É importante destacar, contudo, que o serviço a ser prestado deve ser especificado no contrato firmado, conforme prevê o inciso II do art. 5º-B da Lei n. 6.019 (Brasil, 1974), pois, conforme explica Garcia (2018a, p. 400), “a terceirização deve envolver a prestação de serviços e não o fornecimento de trabalhadores por meio de empresa interposta”. Isso porque, a intermediação de mão de obra poderia ser caracterizada como fraude ao vínculo de emprego com o empregador direto, nos termos do art. 9º da CLT⁸, e, ainda, como ofensa ao valor social do trabalho, fundamento da República Federativa do Brasil, disposto no inciso IV do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) (Garcia, 2017, p. 56).

Portanto, não há pessoalidade na relação entre o empregado terceirizado e a empresa tomadora, pois esta contrata os serviços especializados da empresa prestadora, que podem ser exercidos por qualquer de seus trabalhadores.

Nessa relação, embora o empregado preste serviços para a empresa contratante, o seu vínculo empregatício é com a empresa prestadora de serviços, a qual, nos termos do § 1º do art. 4º-A da Lei n. 6.019, será responsável por contratar, remunerar e dirigir o trabalho realizado pelo empregado, podendo, inclusive, subcontratar outras empresas para este fim (Brasil, 1974). Logo, tratando-se de terceirização lícita, não haverá formação de vínculo de emprego do trabalhador com a empresa contratante (Brasil, 1974, art. 4º-A, § 2º).

Ainda, o art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974 dispõe que a empresa prestadora de serviços deve ter capacidade econômica compatível com a execução da atividade terceirizada pela empresa tomadora de serviços (Brasil, 1974). Para Arabi e Araújo (2018, p. 124-126), esta previsão se mostra mais adequada para o objetivo de diminuir a possibilidade de responsabilização da empresa tomadora de serviços pelas verbas trabalhistas, o que se buscou, sem muito sucesso, com o art. 4º-B, que estabelece a

⁸ Dispõe a CLT: “Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

obrigatoriedade de a empresa contratada possuir um capital social mínimo, o que, porém, não é capaz de representar, por si só, a força econômica da empresa.

No âmbito da Administração Pública, a Constituição autoriza o Estado a prestar serviços por intermédio de terceiros, mediante concessão ou permissão, desde que a contratação seja precedida de licitação (Brasil, 1988, art. 175). Isso porque, de acordo com o inciso XXI do art. 37 da CRFB/88, em regra, as contratações de serviços, pela Administração, serão realizadas mediante processo de licitação pública (Brasil, 1988). Por esta razão, a terceirização na Administração Pública é realizada por meio da celebração de contratos administrativos, firmados entre o ente público – empresa contratante – e a empresa prestadora de serviços.

Importante ressaltar, nesse sentido, que é dever da Administração Pública fiscalizar a execução dos contratos administrativos por ela celebrados, de acordo com o art. 117 da Lei 14.133⁹ (Brasil, 2021).

A responsabilidade da empresa tomadora pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias, decorrentes do período em que o empregado prestou serviços em seu benefício, é subsidiária (Brasil, 1974, art. 5º-A, § 5º).

Entretanto, quando a empresa tomadora de serviços for um ente público, dispõe a Lei n. 14.133 que os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais ficam a cargo da empresa prestadora de serviços, os quais não serão transferidos para a Administração em caso de eventual inadimplência (Brasil, 2021, art. 121, caput e § 1º). A exceção fica por conta do § 2º do art. 121, nos casos de contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, situação em que, comprovada a falha na fiscalização, o ente público passa a ter responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários e subsidiária pelos encargos trabalhistas (Brasil, 2021).

Consoante aduzem Arabi e Araújo (2018, p. 132), a lei dificulta a responsabilização da Administração Pública, ainda que forma subsidiária, e facilita a transferência dessa responsabilidade para as empresas privadas.

Isso porque, embora, em regra, o tomador de serviços responda subsidiariamente pelas verbas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços, aplica-se um regime diferente quando o ente público figurar como tomador, sendo necessário, concomitantemente que: I) trate-se de contratações de serviços contínuos

⁹ Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

com regime de dedicação exclusiva de mão de obra; e II) comprove-se a existência de falha na fiscalização do cumprimento das obrigações da empresa prestadora.

Nota-se, assim, a evidente inconsistência da norma estudada, visto que, não estando presentes esses requisitos, sob o ponto de vista estritamente normativo, há a exclusão da responsabilidade da Administração Pública, que não responderá pelos encargos trabalhistas e previdenciários, mesmo em caso de inadimplência da empresa prestadora de serviços, ficando o empregado terceirizado desamparado legalmente.

Além dos aspectos legais, deve-se também atentar para as discussões dos tribunais acerca do assunto. É o que se passa a fazer no próximo tópico.

2.3 Evolução Jurisprudencial

Para a presente pesquisa, destacaram-se os julgados do Supremo Tribunal Federal, decorrentes de ações do controle concentrado de constitucionalidade ou afetados como temas de repercussão geral, que discutiram a interpretação adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, na Súmula 331, no que se refere à responsabilidade da Administração Pública nos casos de terceirização.

2.3.1 Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Em meados dos anos de 1980 e 1990, com a popularização da terceirização no Brasil, surgiram incertezas quanto à abrangência e às implicações deste instituto, de modo que a jurisprudência trabalhista passou a ter entendimentos divergentes sobre a temática (Delgado, 2023, p. 530).

A Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰, que limitava a licitude da terceirização aos casos previstos na Lei n. 6.019/74 e na Lei 7.102/83, foi então cancelada pelo Tribunal (Delgado, 2023, p. 546).

Nesse contexto, em substituição à citada Súmula 256, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, estabelecendo parâmetros para a interpretação

¹⁰ O entendimento firmado na Súmula 256 do TST era o seguinte: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

normativa da terceirização e ampliando os casos de licitude, a qual se tornou a principal fonte de interpretação da temática por muitos anos.

Assim estabelece a referida Súmula:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação)

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

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

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

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

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

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (Brasil, 2011)

Inicialmente, o verbete sumular era composto apenas pelos quatro primeiros itens, tendo os itens V e VI sido inseridos pelo Pleno do TST, por intermédio da Resolução n. 174/2011.

Do teor da súmula, observa-se que sua redação demonstra o caráter subsidiário da terceirização no direito do trabalho, pois ela apresenta os casos em que se admite a contratação terceirizada, em exceção à contratação direta.

Assim, de acordo com a Súmula 331 do TST, é permitida a terceirização no caso de: I) trabalho temporário; II) atividades de vigilância; III) atividades de conservação e limpeza; e IV) serviços especializados ligados à atividade-meio da empresa contratante.

No tocante à formação do vínculo de emprego com o tomador de serviços, o TST preservou o entendimento consolidado na cancelada Súmula 256. Deste modo, o vínculo apenas seria formado diretamente com a empresa contratante nos casos de terceirização ilícita, isto é, a terceirização de atividades não permitidas, ou, ainda, no

caso de terceirização lícita das atividades de vigilância, conservação e limpeza, quando houvesse pessoalidade e subordinação direta à tomadora.

O item II, contudo, reforça a previsão constitucional de exigência de aprovação prévia em concurso público para a contratação de empregados pelos órgãos da Administração Pública (Brasil, 1988, art. 37, inciso II e § 2º), pois impossibilita o reconhecimento do vínculo de emprego entre o empregado terceirizado e o ente público tomador de serviços, mesmo no caso de terceirização ilícita.

No que diz respeito à responsabilidade do tomador de serviços, o entendimento estabelecido no item IV é pela responsabilização subsidiária da empresa contratante pelos créditos trabalhistas não pagos pela empresa prestadora de serviços aos seus empregados terceirizados, os quais abrangem todas as verbas resultantes da condenação, conforme item VI.

Para Garcia (2017, p. 47), a previsão de responsabilização apenas subsidiária, ao invés de solidária, da empresa prestadora de serviços representou uma dissonância com o escopo de proteção do Direito do Trabalho, bem como dos princípios fundamentais da seara trabalhista.

No caso específico da Administração Pública, o item V da Súmula prevê que o ente público tomador de serviços poderá responder subsidiariamente, nos termos do item IV, apenas no caso de fiscalização deficitária da execução do contrato. Assim, consoante Delgado (2023, p. 559), a responsabilidade subsidiária da Administração decorre da “omissão culposa quanto à fiscalização, ou seja, culpa *in vigilando*”.

Portanto, indispensável a análise da culpa da Administração, para correta aplicação da Súmula 331 do TST, de modo a verificar se a ação ou omissão do ente público tomador de serviços possibilitou a prática de irregularidades trabalhistas por parte da empresa terceirizada, não sendo permitido que a condenação da Administração Pública ocorra de forma automática.

Importante frisar, porém, que não é a mera inadimplência da empresa prestadora de serviços que autoriza a cobrança direta à empresa tomadora. Isso acontece porque a responsabilidade desta, em qualquer das hipóteses comentadas, é subsidiária, logo, só atinge o patrimônio da empresa contratante se a empregadora não tiver bens suficientes para saldar a dívida (Garcia, 2018a, p. 412).

Assim sendo, “é possível dizer que a exclusão da responsabilidade da Administração Pública aplica-se quando esta cumpre as normas sobre licitações, fiscalizando o contrato administrativo firmado” (Garcia, 2018a, p. 414). Isso porque, o

ente público apenas responde pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas de forma excepcional, de modo que a ausência de comprovação de sua culpa *in vigilando* o afasta de qualquer responsabilização.

Acontece que, o Governador do Distrito Federal (DF) propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF, alegando suposta violação ao art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 – hoje equivalente ao § 1º do art. 121 da Lei 14.133/2021¹¹ – pelo Tribunal Superior do Trabalho, devido ao entendimento firmado na Súmula 331 deste Tribunal. Passa-se analisar a ADC 16/DF no próximo subtópico.

2.3.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF

A Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF foi julgada procedente pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, em 2010.

A ADC 16 foi assim ementada:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (ADC 16, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24-11-2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219-01 PP-00011) (Brasil, 2010, p. 1)

Com o julgamento da ADC 16 foi reconhecida, pelo STF, a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, o qual previa que o inadimplemento dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, pelo contratado, não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento (Brasil, 1993).

A impossibilidade de transferência automática da responsabilidade por tais verbas para o ente público tomador dos serviços foi justificada pela Ministra Carmen Lúcia sob o fundamento de que o oposto teria o potencial de causar duplo prejuízo ao

¹¹ Dispõe a Lei n. 14.133/2021, que revogou a Lei n. 8.666/1993: “Art. 121. (...) § 1º. A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo”. Destaca-se que a exceção hoje existente no § 2º do art. 121 da Lei n. 14.133/2021, não existia quando da vigência da Lei n. 8.666/1993.

ente público, o qual, embora tenha cumprido o estabelecido no contrato firmado com a prestadora de serviços, poderia ser responsabilizado, de forma automática, pela eventual inadimplência desta última (Brasil, 2010, p. 36).

Assim, firmou-se o entendimento de que a responsabilidade da Administração Pública não pode ocorrer de forma automática, mas apenas com a demonstração de sua conduta culposa no cumprimento das obrigações constantes na Lei de Licitações.

Ocorre que a constitucionalidade deste dispositivo não obsta a condenação da Administração Pública, quando evidenciada sua conduta culposa, devendo haver compatibilização da previsão normativa com os princípios protetivos do trabalho.

Nesse sentido, ao votar no bojo da ADC 16/DF, a Min. Carmem Lúcia destacou que a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 “não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa” (Brasil, 2010, p. 36).

A interpretação em conformidade com a Constituição do dispositivo legal em comento leva à compreensão de que a intenção do legislador foi tão somente preservar o direito de regresso do ente público tomador de serviços pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pelo prestador de serviços, real responsável, não tendo como objetivo excluir, definitivamente, a responsabilidade da Administração Pública, nem mesmo a subsidiária (Delgado, 2023, p. 572).

Demais disso, explica Delgado (2023, p. 557-558) que a Corte Constitucional afastou duas formas de responsabilização da Administração Pública: I) a aplicação do § 6º do art. 37 da Constituição da República, consistente na responsabilidade objetiva do Estado¹²; e II) a responsabilidade subjetiva por culpa *in eligendo*, consistente na escolha da empresa prestadora de serviços sem prévia licitação.

Relativamente à culpa *in eligendo*, destaca-se a posição doutrinária de Delgado:

Ora, a entidade estatal que pratique terceirização com empresa inidônea (isto é, empresa que se torne inadimplente com relação a direitos trabalhistas) comete culpa *in eligendo* (má escolha do contratante), mesmo que tenha firmado a seleção por meio de processo licitatório (escolha licitada de empresa inidônea, manifestamente descumpridora de obrigações

¹² Dispõe a CRFB/88: “Art. 37. (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

trabalhistas, sem lastro econômico e financeiro para gerir centenas ou milhares de contratos de terceirização, ou exemplo similar, obviamente não provoca a elisão de culpa *in eligendo*...). Ainda que não se admita essa primeira dimensão da culpa (dimensão *in eligendo* da culpa), incide, no caso, outra dimensão, relativa à culpa *in vigilando* (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos). Passa, desse modo, o ente do Estado a responder pelas verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante no período de efetiva terceirização (Delgado, 2023, p. 571).

Entende-se, dessa maneira, que a eventual impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas para o ente público, nas hipóteses legais, mesmo que de forma subsidiária, representaria uma violação direta aos direitos do trabalhador, uma vez que haveria a possibilidade do ente estatal se beneficiar do serviço do empregado terceirizado, e este sair prejudicado, sem receber, nem mesmo, o salário pelo serviço prestado.

Consoante se observa, contudo, a ADC 16/DF se limitou a reconhecer a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e impedir a responsabilização automática do ente estatal, sem definir parâmetros para o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, o que ensejou a interposição do Recurso Extraordinário 760.931/DF, que será abordado no subtópico a seguir.

2.3.3 Recurso Extraordinário 760.931/DF

O Recurso Extraordinário 760.931/DF foi afetado como caso paradigmático do tema de repercussão geral 246 do STF: “A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço” (Brasil, 2014). Semelhante à discussão ocorrida no julgamento da ADC 16/DF, buscou-se definir a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, sob a ótica dos artigos 5º, II; e 37, § 6º; e 97, da Constituição Federal.

O Tribunal Pleno do STF, por maioria, deu provimento ao recurso, firmando a seguinte tese, transitada em julgado em 01 de outubro de 2019:

[...] 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “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”. (RE 760931, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26-04-2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-206 DIVULG 11-09-2017 PUBLIC 12-09-2017) (Brasil, 2017, p. 4)

Nessa linha, no julgamento do RE 760.931/DF, o STF apenas reforçou o entendimento adotado na ADC 16, estatuinto a impossibilidade de condenação automática da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço, mas admitiu a possibilidade de condenação quando apresentada prova inequívoca de conduta culposa do ente público na fiscalização do contrato.

Da leitura do inteiro teor do acórdão, verifica-se que a Min. Rosa Weber, Relatora do recurso, entendeu que o teor da Súmula 331 do TST não contraria a tese firmada pelo STF no julgamento da ADC 16/DF, pois este proibiu apenas a transferência automática da responsabilidade pelas obrigações trabalhistas para a Administração Pública, não tendo vedado a possibilidade de reconhecimento da sua responsabilidade subsidiária, uma vez verificada a ocorrência de culpa *in vigilando* (Brasil, 2017, p. 168).

Ademais, a Ministra reconheceu, ainda, o dever de a Administração Pública fiscalizar os contratos firmados com as empresas prestadoras de serviços, agindo de acordo com a boa-fé objetiva, de modo a mitigar a possibilidade de inadimplemento das obrigações trabalhistas (Brasil, 2017, p. 166).

É de se observar, contudo, que houve uma controvérsia quanto a atribuição do ônus da prova à Administração Pública. A Ministra Relatora defendeu, com fundamento nos princípios da aptidão para a prova e da cooperação na atividade probatória, ser do ente público tomador dos serviços o ônus de comprovar o cumprimento do dever de fiscalização. Neste viés, cabe citar excertos do voto da Exma. Ministra Rosa Weber, *in verbis*:

Concluir pela irresponsabilidade estatal ou pela imposição do encargo probatório ao trabalhador, em hipóteses como a debatida, implicaria desconsideração do valor social do trabalho e dos princípios trabalhistas, que visam a assegurar o resguardo dos direitos fundamentais do trabalhador e do princípio da dignidade humana, em homenagem à nova ordem constitucional.

O mesmo Poder Público que exige dos empregadores privados, por meio das suas regras de caráter cogente, o cumprimento da totalidade do conjunto das obrigações trabalhistas deve se esmerar para que essas sejam honradas em relação àqueles que lhe prestam serviços.

Ante o exposto, tendo sido afastada, ao julgamento da ADC 16, a responsabilidade objetiva do Estado, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços, e abraçada a tese da responsabilidade subjetiva – seja pela tese da culpa presumida, alicerçada

na doutrina de BANDEIRA DE MELLO, seja pelos princípios da aptidão para a prova e da cooperação na atividade probatória ou seja pela distribuição dinâmica da prova –, imperativo concluir que o dever de demonstrar o cumprimento dos deveres de fiscalização, decorrentes da Lei de Licitações, é da Administração Pública que, cumpre lembrar, se beneficiou dos serviços prestados. (Brasil, 2017, p. 172-173)

No mesmo sentido, o Ministro Edson Fachin argumentou ser evidente a impossibilidade de exigência de prova de fato negativo ao trabalhador hipossuficiente, notadamente pelo fato de se tratar de uma prova de fácil obtenção pela Administração Pública (Brasil, 2017, p. 204).

Além do Min. Edson Fachin, acompanharam o entendimento da Eminente Relatora os Ministros Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso De Mello. Por outro lado, o Ministro Luiz Fux, Redator para o Acórdão, liderou a divergência, corrente que prevaleceu, tendo o acompanhado os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes.

Nos termos da corrente majoritária, a inversão do ônus da prova em favor do trabalhador seria prejudicial à Administração Pública, pois desestimularia a colaboração da iniciativa privada, bem como imputaria um gasto duplo ao Poder Público, o qual contrataria uma empresa especializada para terceirizar determinados serviços, mas precisaria manter um setor responsável para fiscalização do adimplemento das obrigações trabalhistas pela terceirizada, como se houvesse prestação direta dos serviços (Brasil, 2017, p. 322-323).

Embora tenha se estabelecido a discussão sobre o ônus da prova da fiscalização, a tese aprovada não tratou da temática, tendo se limitado a reconhecer a impossibilidade de responsabilização automática do ente público, a qual depende de prova de falha na fiscalizementadoram opostos, assim, Embargos de Declaração, rejeitados por maioria dos votos, assim ementado:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 246 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPRESAS TERCEIRIZADAS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Não há contradição a ser sanada, pois a tese aprovada, no contexto da sistemática da repercussão geral, reflete a posição da maioria da Corte quanto ao tema em questão, contemplando exatamente os debates que conduziram ao acórdão embargado. 2. Não se caracteriza obscuridade, pois, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar

os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade. 3. Embargos de declaração rejeitados. (RE 760931 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01-08-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019) (Brasil, 2019, p. 1)

Novamente, a Corte restringiu o julgamento ao entendimento de que a prova da conduta culposa da Administração é indispensável, contudo, não houve definição de quem seria o ônus de prová-la, isto é, do próprio ente público tomador do serviço, que tem o dever de fiscalizar o contrato, ou do empregado hipossuficiente. Essa situação deu origem ao RE 1.298.647/São Paulo (SP), analisado abaixo.

2.3.4 Recurso Extraordinário 1.298.647/SP

O Recurso Extraordinário 1.298.647/SP foi afetado como caso paradigmático do tema de repercussão geral 1.118 do STF, que discutiu sobre o ônus probatório do comportamento culposos da Administração Pública na fiscalização do regular pagamento das verbas trabalhistas pela empresa contratada, aplicável para os casos de eventual condenação subsidiária do ente público tomador dos serviços.

Desde o dia 01 de fevereiro de 2024 foi determinada a suspensão nacional dos processos envolvendo o tema objeto da repercussão geral 1.118/STF, em razão da pendência de julgamento e da existência de julgados divergentes, no âmbito dos Tribunais brasileiros, que surgiram em razão da ausência de previsão de como ocorreria a distribuição do ônus da prova nestes casos.

No referido Recurso Extraordinário, discutiu-se a possibilidade de inversão do ônus da prova para a Administração Pública, à luz dos artigos 5º, II, 37, XXI e § 6º, e 97 da Constituição Federal, de modo que o ente público tomador dos serviços demonstre a ausência de culpa, nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, comprovando que fiscalizou o contrato, para, assim, afastar sua eventual responsabilização subsidiária.

Conforme se observa, a discussão estabelecida no RE 1.298.647/SP originou-se da divergência jurisprudencial que se estabeleceu com a aplicação da Súmula 331 do TST, particularmente do seu item V, o qual prevê a responsabilidade do ente público tomador do serviço, quando evidenciado que ele atuou de forma culposa no cumprimento das obrigações estabelecidas na Lei de Licitações.

Dessa maneira, embora a referida súmula não trate, especificamente, do ônus da prova da conduta culposa do ente público, a compreensão do tema 1.118 do STF é primordial para estabelecer a interpretação mais adequada à Súmula 331 do TST.

O julgamento do mérito do tema de repercussão geral 1.118 do STF ocorreu no dia 13 de fevereiro de 2025, contudo, a decisão ainda não transitou em julgado. Até o momento, a tese firmada estabelece que a Administração Pública não pode ser responsabilizada subsidiariamente pelos encargos trabalhistas decorrentes do inadimplemento da empresa terceirizada, se a condenação se basear apenas na inversão do ônus da prova. A Corte entendeu que o trabalhador terceirizado deve apresentar prova do comportamento negligente ou do nexo de causalidade entre o dano alegado e a conduta do ente público.

Além disso, o STF explicou que se caracteriza o comportamento negligente, quando o ente público é notificado formalmente sobre a inadimplência da empresa prestadora de serviços e, mesmo assim, continua inerte.

Por fim, a tese firmada também reforça que a Administração Pública, nos contratos de terceirização, deve exigir da empresa prestadora de serviços a comprovação de capital social integralizado, de acordo com o disposto no art. 4º-B, III, da Lei nº 6.019/1974, já comentado, bem como adotar medidas que assegurem o cumprimento, pela empresa terceirizada, das obrigações trabalhistas, conforme o art. 121, § 3º, da Lei nº 14.133/2021, o qual será analisado ao longo deste trabalho.

Observa-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, contrariando o princípio protetivo do direito do trabalho, admitiu a possibilidade de ser atribuído ao trabalhador o ônus da prova da falha na fiscalização da empresa prestadora de serviços, exercida pela Administração Pública, nos contratos de terceirização.

Atribuir o ônus da prova ao trabalhador hipossuficiente configura grave risco de configuração da chamada prova diabólica, aquela prova considerada impossível ou excessivamente difícil de ser produzida.

Percebe-se, assim, a importância da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nos casos de terceirização, para a presente pesquisa. Isso porque, quando a empresa terceirizada torna-se inadimplente, é comum que o trabalhador busque responsabilizar o ente público para o qual prestava serviços, dando início à discussão acerca do ônus de provar a culpa *in vigilando* da Administração Pública, o qual, quando recai sobre o empregado, como definiu o STF, imputa ao obreiro a produção de prova diabólica.

3 BASE PRINCIPIOLÓGICA

O objetivo deste capítulo é apresentar e esclarecer o conflito existente em torno do tema da pesquisa. Em um primeiro tópico serão apresentados aspectos gerais do conflito. Em seguida, serão evidenciados os princípios aplicáveis ao direito do trabalho. Por fim, serão apontados os aspectos principais dos princípios aplicáveis à administração pública. A partir da análise do conflito será possível compreender o problema da presente pesquisa.

3.1 Viés social *versus* viés econômico

O estudo do tema proposto perpassa pela colisão de interesses existentes. De um lado, percebe-se o interesse do trabalhador terceirizado hipossuficiente em perceber corretamente as verbas trabalhistas a que tem direito e, de outro, o interesse da Administração Pública em não ter os cofres públicos lesados pela conduta irregular da empresa terceirizada.

Tem-se, de um lado, o viés social do conflito, representado pelo interesse do trabalhador e, em contraponto, o viés econômico, referente ao interesse da Administração Pública.

De forma ilustrativa, o conflito pode ser visualizado no seguinte contexto: a empresa prestadora de serviços, contratada pela Administração Pública com o objetivo de reduzir a burocracia estatal e diminuir custos em relação a atividades secundárias, torna-se inadimplente em relação às verbas trabalhistas devidas ao empregado terceirizado, não tendo patrimônio para cumprir com suas obrigações; o trabalhador, por sua vez, recorre ao Judiciário pleiteando a responsabilização subsidiária do ente público que se beneficiou do serviço por ele prestado.

Partindo de uma aplicação literal da lei, o julgador seria conduzido a não reconhecer a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa terceirizada, privilegiando o viés econômico do conflito, em conformidade com a previsão constante no § 1º do art. 121 da Lei 14.133/2021¹³.

¹³ Dispõe a Lei n. 14.133/2021: “Art. 121. (...) § 1º. A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo”.

Contudo, embora o inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa terceirizada e a consequente responsabilização subsidiária do ente público tomador dos serviços possa “acarretar maior prejuízo e onerosidade às contas públicas, tal perspectiva, porém, não pode sobrepor o ‘peso’ do Estado no trabalhador, em valia da sua superioridade para dificultar a prova” (CALCINI; CAMARA, 2023, p. 63).

Nesse contexto, destaca Pimenta (2011, p. 289) ser equivocado o argumento utilizado pelos entes públicos tomadores de serviços, de que o reconhecimento de sua responsabilidade subsidiária favorece o interesse privado do trabalhador em detrimento do interesse público, impondo à sociedade o pagamento do custo já abrangido no contrato firmado com a empresa terceirizada. Explica que a natureza pecuniária das verbas trabalhistas não exclui o caráter de direito fundamental social dos direitos dos trabalhadores, verba alimentar assegurada constitucionalmente.

Sabe-se que, no Direito, não há tutela absoluta sobre certo interesse. Desse modo, o interesse da Administração Pública em não ter seus cofres lesados, pela inadimplência de uma empresa contratada, não se sobrepõe, de forma absoluta, sobre o interesse do trabalhador em ter suas verbas trabalhistas adimplidas. O inverso também se aplica. Deve-se haver uma ponderação entre os interesses envolvidos, o que pode ser feito à luz dos princípios gerais do direito.

Reale (2002, p. 217-218) define princípios como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”. A partir deste conceito, é possível identificar três funções desempenhadas pelos princípios: I) função interpretativa; II) função integrativa; e III) função normativa.

A função interpretativa revela o caráter instrumental dos princípios na interpretação normativa, pois estes estabelecem o núcleo essencial de determinado ordenamento jurídico (Delgado, 2017, p. 21). Os princípios, assim, orientam o julgador na sua atividade interpretativa.

A função integrativa dos princípios está presente no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), segundo o qual os princípios gerais do direito devem ser utilizados pelo julgador, quando houver omissão na lei (Brasil, 1942). Do mesmo modo, o *caput* do art. 8º da CLT determina a utilização dos princípios, na falta de disposições legais ou contratuais (Brasil, 1943).

No que se refere à função normativa, consoante leciona Miessa (2021, p. 73), a força normativa dos princípios passou a ser reconhecida com o pós-positivismo,

momento em que os princípios deixaram de ter aplicação apenas supletiva, se equiparando, em certa medida, às regras jurídicas.

Nesse sentido, Bobbio (1995, p. 158-159) reconhece que os princípios são normas como qualquer outra, pois são extraídos de outras normas e possuem a função de regular um caso concreto. No mesmo viés, Alexy (1997, p. 83 *apud* Delgado, 2017, p. 23) afirma que a “distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas”. Para Garcia (2018b, p. 60), “os princípios apresentam natureza normativa, não se tratando de meros enunciados formais”.

Inegável pois, que, além de auxiliar na interpretação das regras jurídicas e de atuar na integração do ordenamento jurídico, em caso de lacunas, os princípios são verdadeiras normas jurídicas, aplicáveis na prestação da tutela jurisdicional.

Diferentemente das regras jurídicas, os princípios possuem uma natureza dinâmica, que acompanham a evolução da sociedade.

A Constituição estabelece nos arts. 1º ao 4º os princípios fundamentais que orientam a República Federativa do Brasil, dentre eles destaca-se os fundamentos constantes nos incisos III e IV do art. 1º, “a dignidade da pessoa humana” e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, bem como o objetivo fundamental disposto no inciso III do art. 3º, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (Brasil, 1988).

Conforme Ieciona Delgado (2023, p. 540), os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição possuem inegável cunho normativo e são responsáveis por balizar “fórmulas surgidas na economia e na sociedade de desequilibrado exercício de poder sobre pessoas humanas e de desproporcional utilização de sua potencialidade normativa”.

Resta demonstrada, assim, a importância dos princípios para a interpretação, integração e aplicação do direito.

Partindo disso, é importante pormenorizar os interesses mencionados, sob a ótica dos princípios aplicáveis ao direito do trabalho e ao direito administrativo, ambos decorrentes da matriz constitucional. É o que se passa a fazer nos tópicos seguintes.

3.2 Princípios aplicáveis ao direito do trabalho

Partindo de um viés social, é de fundamental importância a observância dos princípios aplicáveis ao direito do trabalho na interpretação e aplicação da norma

jurídica ao caso concreto. Nesse sentido, cabe discorrer acerca dos principais princípios da seara trabalhista, evidenciando sua relação com o tema de pesquisa.

De início, destaca-se que o desequilíbrio existente na relação de emprego entre o trabalhador, polo mais vulnerável, e a empresa, detentora do poder econômico, justifica a existência do princípio protetivo na seara trabalhista.

O referido princípio confere tratamento mais favorável ao empregado, “caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego” (Delgado, 2017, p. 137).

O princípio protetivo representa verdadeiro pilar do Direito do Trabalho, pois orienta toda a seara trabalhista, buscando, na medida do possível, nivelar as desigualdades decorrentes da hipossuficiência obreira.

Nos ditames do Estado Democrático de Direito, que objetiva reduzir as desigualdades sociais e regionais, entende-se que o princípio em comento se aplica tanto ao direito material do trabalho, quanto ao direito processual do trabalho, de modo a trazer maior equilíbrio à realidade socioeconômica (Leite, 2023, p. 46).

Miessa (2021, p. 91) defende a sua aplicação na seara processual com base no caráter instrumental do processo do trabalho, o qual serve como meio de concretização do direito material, sem ter um fim em si mesmo.

Contrariando a doutrina majoritária, Delgado (2017, p. 137) advoga que o princípio protetivo não se limita às três dimensões que comumente é associado, quais sejam: I) princípio *in dubio pro operario*; II) princípio da norma mais favorável; e III) princípio da condição mais benéfica. Para o autor (2017, p. 138), o referido princípio engloba, em sua essência, a maior parte dos princípios próprios do direito individual do trabalho, pois norteia o complexo de regras deste ramo especializado.

Defende Leite (2023, p. 498) que, com a consagração da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no diploma celetista, o princípio *in dubio pro operário*, desdobramento do princípio da proteção, não possui mais incidência no direito processual do trabalho, pois, em caso de dúvida razoável, o julgador deverá decidir em desfavor de quem detinha o ônus da prova e não se desincumbiu, não mais se aplicando, automaticamente, a presunção favorável ao trabalhador.

Consoante observa Giglio¹⁴ (2000, p. 67 *apud* Leite, 2023, p. 47), em razão do princípio da proteção, a inversão do ônus da prova costuma sempre trazer presunções favoráveis ao trabalhador, não à empresa. Isso ocorre, pois, a existência de desequilíbrio para a produção de provas impõe a necessidade de “salvaguardar direitos sociais, cujos titulares são juridicamente fracos” (Leite, 2023, p. 47).

Assim, pode-se observar que o princípio protetivo tem um grande impacto na discussão sobre o ônus da prova envolvendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização. Isso porque, diferentemente do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 1.298.647/SP, tal princípio determina a previsão de um tratamento mais favorável ao trabalhador. Não parece razoável exigir que o empregado hipossuficiente se desvencilhe do ônus de provar que a Administração Pública não cumpriu com o seu dever de fiscalizar a empresa terceirizada.

A inversão do ônus da prova, nestes casos, se revela como uma maneira de reequilibrar a relação existente entre o trabalhador, de um lado, e o ente público, do outro lado, que se beneficia do serviço prestado.

O trabalhador não possui qualquer ingerência quanto à fiscalização exercida pelo ente público tomador dos seus serviços, o que assevera a impossibilidade de se desincumbir deste ônus.

Ressalta-se, assim, a importância da aplicação do princípio protetivo nos casos envolvendo o ônus da prova acerca da fiscalização da empresa terceirizada inadimplente pela Administração Pública.

Outro princípio característico do direito processual do trabalho é o da finalidade social do processo, pelo qual a lei possibilita ao julgador atuar na condução do processo de forma mais ativa, de modo a alcançar uma solução justa (Leite, 2023, p. 49). No processo do trabalho, mostra-se fundamental a observância deste princípio, diante da hipossuficiência inerente ao trabalhador.

O referido princípio harmoniza-se, ainda, com o princípio da busca da verdade real, pelo qual os julgadores “terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas” (Brasil, 1943, art. 765).

¹⁴ Ver em GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2000.

Ambos os princípios supracitados permitem que o julgador atue ativamente no processo. Assim, com fundamento na busca da verdade real, objetivando encontrar uma solução mais justa para a lide, entende-se que o julgador tem autorização legal para inverter o ônus da prova nos casos de responsabilidade da Administração Pública por verbas inadimplidas pela empresa terceirizada. Afinal, se o ente público fiscalizou a empresa prestadora dos serviços, ele é detentor da documentação que comprova a sua conduta, portanto, deve apresentar tais provas nos autos, para que se alcance a verdade real, permitindo ao julgador a aplicação de uma solução justa.

Existem, ainda, princípios de origem constitucional, que são igualmente aplicáveis ao processo do trabalho. Dentre eles, destaca-se o princípio da igualdade processual, decorrente do *caput* do art. 5º da Constituição da República¹⁵, e previsto no art. 7º do Código de Processo Civil (CPC)¹⁶, que estabelece a garantia de paridade de armas entre as partes do processo, inclusive quanto aos ônus.

A igualdade deve ser compreendida em seu aspecto substancial, associado à ideia de isonomia (Miessa, 2021, p. 76). Isso se justifica, pois, “a absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica” (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2015, p. 77). Assim, torna-se medida de justiça tratar os desiguais, na medida de sua desigualdade, a fim de se atingir a igualdade substancial.

É justamente a ideia de isonomia que “permite a distribuição equânime do ônus probatório no processo, inclusive com as inversões relativas a esse ônus” (Delgado, 2017, p. 88). Ou seja, é a igualdade substancial que fundamenta a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Assim sendo, com o objetivo de alcançar a igualdade material, admite-se, diante do caso concreto, conceder um tratamento processual mais favorável ao trabalhador, tendo em vista sua posição de inferioridade diante do empregador.

Destaca-se, ainda, o princípio da cooperação. Trata-se de um princípio presente no Código de Processo Civil, segundo o qual os sujeitos processuais, incluindo o magistrado, devem cooperar entre si para a correta resolução da lide (Miessa, 2021, p. 86). Portanto, tendo em vista que é dever do ente público tomador

¹⁵ Dispõe a CRFB/88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

¹⁶ Dispõe o CPC: “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

dos serviços cooperar para o andamento e para a resolução do processo, é razoável exigir que ele apresente provas da fiscalização exercida sobre a empresa prestadora dos serviços de terceirização.

No que tange ao direito material do trabalho, deve-se dar atenção ao princípio da intangibilidade salarial, segundo o qual o salário, por se tratar de verba alimentícia, destinada a atender às necessidades básicas do obreiro, deve ter garantias especiais, que assegurem seu valor, montante e disponibilidade (Delgado, 2017, p. 153). O julgador deve, igualmente, se orientar por este princípio na aplicação do direito.

Especificamente nos casos de terceirização, quando a empresa prestadora de serviços não realiza o pagamento das verbas trabalhistas de seus empregados, impõe-se que a verba salarial do trabalhador seja assegurada, a partir de garantias especiais, tal como a responsabilização subsidiária da empresa tomadora de serviços, quando incorrer em culpa, não fiscalizando devidamente a empresa contratada.

Ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988, Art. 1º, inc. III), relaciona-se, diretamente ao trabalho. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seu art. 23, item 3¹⁷, vincula a ideia de dignidade humana à remuneração justa e satisfatória (Organização das Nações Unidas, 1948). No mesmo panorama, o art. 170 da Constituição¹⁸ associa a dignidade humana como finalidade da ordem econômica, a qual é fundada na valorização do trabalho humano (Brasil, 1988).

Inspirado nos ditames da ordem constitucional e internacional, “a dignidade do ser humano fica, pois, comprometida caso ela se encontre em uma situação de grave privação de instrumentos de afirmação social” (Delgado, 2017, p. 42).

Nesse sentido, entende-se que o empregado terceirizado que não recebe do seu empregador o pagamento da remuneração pelo serviço prestado, nem tem capacidade técnica de provar que a tomadora de serviços não fiscalizou a empresa prestadora, tem sua dignidade humana violada, uma vez que, embora exerça seu trabalho, não recebe como contraprestação uma remuneração, nem possui acesso aos instrumentos que possam garanti-la.

¹⁷ Dispõe a DUDH: “Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”.

¹⁸ Dispõe a CRFB/88: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Os princípios aplicáveis direito do trabalho, contudo, podem, em uma circunstância concreta, entrar em choque com os princípios aplicáveis ao direito administrativo, os quais serão o foco do próximo tópico.

3.3 Princípios aplicáveis ao direito administrativo

Do outro lado do conflito percebido, têm-se os princípios aplicáveis ao direito administrativo, associados ao viés econômico.

O direito administrativo é o ramo jurídico que se preocupa com a função executiva ou administrativa do Estado, estabelecendo princípios e regras que regem a Administração Pública (Cunha Júnior, 2018, p. 22).

O *caput* do art. 37 da Constituição da República impõe a observância pela Administração Pública dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (Brasil, 1988).

De acordo com o princípio da legalidade, a Administração Pública apenas pode exercer a função administrativa, dentro dos limites legais, isto é, desde que autorizado ou permitido pela lei. Para Mello¹⁹ (2010, p. 57-58 *apud* Gomes; Lima, 2018, p. 58), o referido princípio “implica completa subordinação do administrador à lei desde que o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles”.

Assim, a submissão da Administração Pública à legalidade estrita tem como objetivo combater qualquer forma de autoritarismo estatal, submetendo o poder do Estado às disposições expressamente previstas em lei. Há, portanto limites impostos pela lei à discricionariedade estatal, os quais não podem ser transgredidos, sob pena de responsabilização no âmbito civil, penal e administrativo.

Importante relacionar os efeitos do princípio da legalidade com a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas inadimplidas pela empresa contratada, nos casos de terceirização. Isso porque, a empresa tomadora de serviços é responsável subsidiariamente pelas verbas trabalhistas e previdenciárias do período em que o empregado prestou serviços em seu benefício (Brasil, 1974, art. 5º-A, § 5º). Entretanto, a Lei n. 14.133/2021 estabelece no art. 121, *caput* e § 1º, que tais encargos não serão transferidos para a Administração, nem mesmo em caso de inadimplemento da empresa contratada (Brasil, 2021).

¹⁹ Ver em MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

Cabe ressaltar, porém, que a referida lei também determina que a Administração Pública tem o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos por ela celebrados (Brasil, 2021, art. 117), elencando, inclusive, alguns mecanismos de fiscalização para as contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, situação em que há responsabilidade do ente público quando comprovada falha na fiscalização (Brasil, 2021, art. 121, §§ 2º e 3º).

Observa-se, desse modo, que, em observância ao princípio da legalidade estrita, a Administração Pública tem o dever de fiscalizar os contratos celebrados com empresas terceirizadas, contudo, apenas responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas, por inadimplência da empresa contratada, nos contratos de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, desde que comprovado que houve falha na fiscalização.

No que tange ao princípio da eficiência, ele foi incluído na Constituição com a Emenda Constitucional n. 19/1998. Para Di Pietro²⁰ (2011, p. 83 *apud* Gomes; Lima, 2018, p. 63), tal princípio estabelece que o agente público atue sempre buscando o melhor desempenho da sua função, bem como que a Administração Pública seja organizada, estruturada e disciplinada de forma a obter os melhores resultados na prestação dos serviços públicos. Assim, com a observância do princípio da eficiência, a Administração deve dar maior importância à qualidade e aos resultados alcançados com o desempenho de suas atribuições (Cunha Júnior, 2018, p. 47).

Explica Arabi e Araújo (2018, p. 113) que o uso da terceirização pela Administração pode ser realizado para melhoria do seu funcionamento, em atenção ao princípio constitucional da eficiência.

A terceirização na Administração Pública, portanto, apresenta-se como uma forma de atender ao princípio da eficiência, eis que o emprego de mão de obra especializada nas atividades, em geral, secundárias, do ente público, gerida por uma empresa externa, diminui os custos da Administração e possibilita o alcance de resultados mais satisfatórios.

Além dos princípios expressamente dispostos no *caput* do art. 37 da Constituição, também existem outros princípios aplicáveis à Administração Pública.

Dentre eles, destaca-se, neste trabalho, o princípio da presunção de legitimidade, pelo qual presume-se a legalidade dos atos administrativos praticados,

²⁰ Ver em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo, Atlas, 2011.

sendo ônus do particular demonstrar a violação de determinado ato administrativo à lei, quando alegar a ilegalidade do ato (Cunha Júnior, 2018, p. 49).

Assim, pode-se partir da premissa de que, ao manter o pagamento da empresa terceirizada e não adotar nenhuma medida sancionatória durante a execução do contrato, a Administração Pública está cumprindo seu dever de fiscalização, dada a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Isso porque, mantida a fiel execução do contrato por parte do ente público, entende-se que não foi verificada nenhuma irregularidade por parte da empresa prestadora de serviços.

Por fim, ressalta-se que os princípios analisados, quando em conflito com os princípios aplicáveis ao direito do trabalho, devem ser devidamente ponderados. A solução devida para esse confronto deve ser buscada dentro dos mecanismos jurídicos. Essa será a tônica do próximo capítulo.

4 PROVAS NO PROCESSO DO TRABALHO

O objetivo do presente capítulo é avaliar a hipótese formulada para o problema de pesquisa. Inicialmente, supôs-se que o ônus da prova, quanto à conduta culposa da Administração Pública na fiscalização dos contratos de terceirização, deve ser atribuído ao ente público tomador dos serviços, pois não o responsabiliza de forma automática, nem impõe ao obreiro a produção de prova diabólica. A fim de refutar ou confirmar a hipótese, este capítulo buscará solucionar o problema a partir da ótica da distribuição do ônus da prova, ponderando os interesses envolvidos na responsabilização subsidiária da Administração Pública.

4.1 Distribuição do ônus da prova

Inicialmente é importante ressaltar que o problema desta pesquisa é causado pela definição de quem é o ônus de provar que a Administração Pública atuou de forma culposa na fiscalização do contrato de terceirização, o que ensejaria o reconhecimento da sua responsabilidade subsidiária. Com isso, é importante discorrer sobre os aspectos gerais da distribuição do ônus da prova no processo do trabalho.

Ainda, importa mencionar que o problema viola os interesses dos trabalhadores, evidenciando verdadeiro desamparo jurídico. Com o intento de testar a hipótese levantada no início desta pesquisa, buscou-se amparo na distribuição do ônus da prova, tanto sob o aspecto estático, quando sob o aspecto dinâmico. Entende-se que esse instrumento jurídico seria mais adequado, pois equilibra os interesses envolvidos, estando em harmonia com os princípios aplicáveis ao direito do trabalho e ao direito administrativo.

As provas, no direito processual do trabalho, recaem sobre as alegações de fato realizadas pelo reclamante e pelo reclamado (Garcia, 2018b, p. 471). Devido a sua importância, Carnelutti a denominava de “coração do processo” (Miessa, 2021, p. 645).

A importância dada às provas no âmbito processual se justifica devido à necessidade de o autor provar que o direito alegado existe e, assim, obter a prestação jurisdicional pleiteada, ou, em contraponto, do réu provar que o requerente não tem direito à tutela buscada.

A teoria da distribuição do ônus da prova surgiu, neste cenário, para definir de quem é a incumbência de trazer as provas aos autos.

O objeto da prova se restringe às provas das alegações de fato controvertidas, pertinentes e relevantes ao deslinde processual (Miessa, 2021, p. 645). O art. 374 do Código de Processo Civil define as alegações de fato que não dependem de prova, são elas: I) alegações de fatos notórios; II) alegações de fatos confessados; III) alegações de fatos incontroversos; e IV) alegações de fatos presumidos, legalmente, como existentes ou verdadeiros (Brasil, 2015).

Assim, não são todos os fatos que devem ser provados no processo, apenas aqueles sobre os quais as partes discordam. Portanto, se o réu não contesta a existência de um direito alegado pela parte, entende-se se tratar de um fato incontroverso, pois não reside qualquer controvérsia sobre o tema.

O art. 765 da CLT²¹ concede amplo poder instrutório para os julgadores, “o qual pode ser exercido para a busca da verdade real, com o objetivo de se decidir de forma mais justa” (Garcia, 2018b, p. 473).

Do mesmo modo, o art. 852-D da CLT, embora disposto na seção destinada ao procedimento sumaríssimo, também garante um vasto poder instrutório para o julgador, que poderá determinar a produção de provas, bem como “limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias” (Brasil, 1943).

O Magistrado pode, portanto, atuar de forma mais proativa na produção das provas no processo do trabalho.

Neste aspecto, coaduna-se com o entendimento de Neves (2022, p. 720), pelo qual “a atividade instrutória do juiz não contamina sua indispensável imparcialidade, até mesmo porque o juiz não tem condições de determinar *a priori* o resultado da prova”. Na mesma linha, o autor defende que “a atuação oficiosa do juiz não favorece quem tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu, mas a parte que efetivamente tem o direito material” (Neves, 2022, p. 722).

Isso acontece porque o julgador pode determinar a realização de determinada prova para esclarecer as questões controversas, sem agir de forma parcial, tendo em vista que a prova produzida pode beneficiar qualquer uma das partes, inclusive a parte incumbida do ônus da prova.

²¹ Dispõe a CLT: “Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

O art. 371 do CPC, por sua vez, consagra o princípio da comunhão das provas, segundo o qual as provas produzidas pertencem ao processo, não importando quem as requereu ou as produziu (Borba, 2021, p. 259). Isso porque, “o que interessa na valoração é o resultado da prova e não o responsável pela sua promoção” (Neves, 2022, p. 726). Assim, pode ocorrer de o reclamado juntar um documento que, conforme a apreciação do julgador, lhe seja desfavorável ou, até mesmo, uma testemunha indicada pelo reclamante prestar declaração que seja contrária ao alegado na reclamatória.

Dessa forma, o julgador deve decidir de acordo com as regras relativas ao ônus da prova apenas quando houver questão dúbia nos autos, que nenhuma das partes tenha produzido provas suficientes (Garcia, 2018b, p. 473). Trata-se do ônus objetivo da prova, uma regra de julgamento a ser utilizada pelo julgador “no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente” (Neves, 2022, p. 730).

A distribuição do ônus da prova, na seara trabalhista, está disposta na Consolidação das Leis do Trabalho. Antes da Reforma Trabalhista promovida pela Lei 13.467/2017, a redação do art. 818 da CLT previa que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer” (Brasil, 1943). Assim, o diploma celetista consagrava, unicamente, a distribuição estática do ônus da prova.

De modo a adequar a legislação à previsão aplicável ao direito processual comum, bem como considerando a hipossuficiência obreira, o art. 818 da CLT passou a dispor o seguinte:

Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. (Brasil, 1943)

Observa-se que, de acordo com o disposto nos incisos do artigo supracitado, a distribuição estática do ônus da prova continua a ser a regra, “tal distribuição tem como foco o princípio do interesse, uma vez que impõe o ônus àquele que se beneficiará com o reconhecimento do fato a ser provado” (Miessa, 2021, p. 652).

Em suma, a nova redação do art. 818 da CLT manteve sua essência, isto é, atribuir o ônus da prova a quem alegar o fato, contudo, especificou os fatos que devem ser provados por cada parte.

Nesse contexto, cabe fazer algumas considerações à luz do ônus subjetivo da prova, isto é, aquele que diz respeito a “quem é o responsável pela produção de determinada prova” (Neves, 2022, p. 730). Ao reclamante compete a prova dos fatos constitutivos de seu direito, assim, ao alegar, por exemplo, a existência de vínculo empregatício, deve provar que laborava em prol do reclamado (Leite, 2023, p. 504). Ao reclamado, por sua vez, consoante leciona Marques²² (1999 *apud* Leite, 2023, p. 504) compete a prova da existência de fato impeditivo (ex. admitir que o obreiro laborava aos domingos, mas que havia compensação), bem como de fato modificativo (ex. admitir que o obreiro laborava aos domingos, mas de forma voluntária, com fins beneficentes), e, ainda, de fato extintivo (ex. admitir que o obreiro laborava aos domingos, mas que era pago em dobro).

Destaca-se ser uma inovação notável a inclusão do § 1º no art. 818 da CLT, que passou a admitir a possibilidade de distribuição diversa da carga probatória, consagrando a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (Brasil, 1943).

Leciona, Miessa (2021, p. 654), nesse ínterim, que a referida teoria é expressão do princípio da igualdade, bem como do princípio da colaboração, pois visa conceder paridade de armas ao reclamante e ao reclamado e, ainda, compelir que exista colaboração entre eles na produção probatória.

Portanto, conforme sintetiza Borba (2021, p. 262), “a regra ainda permanece sendo a distribuição estática (art. 373, I e II), mas agora é possível também a distribuição dinâmica”.

Para Neves (2022, p. 733), a distribuição dinâmica do ônus da prova tem o objetivo de facilitar a produção da prova, não servindo para “onerar a parte contrária com encargo do qual ela não terá como se desincumbir”.

²² Ver em MARQUES, Heloisa Pinto. A prova no processo do trabalho. **Revista Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, n. 14, p. 19 e s., mar./abr. 1999.

O surgimento deste novo princípio mitigou o rigor do princípio da distribuição estática do ônus da prova, nos casos em que era excessivamente difícil para o reclamante se desincumbir do seu ônus probatório, pois passou a permitir ao julgador invertê-lo para a parte com maior aptidão de apresentar a prova em juízo (Leite, 2023, p. 37). Dessa maneira, “não havendo provas suficientes sobre os fatos controvertidos, o juiz analisará de quem era o ônus de prova-lo, sofrendo a parte que detinha tal ônus as consequências desfavoráveis” (Miessa, 2021, p. 651).

Leite (2023, p. 37) já defendia essa possibilidade, em razão da compatibilidade da principiologia protetiva da seara trabalhista com o inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor²³, que admite a inversão do encargo probatório para o consumidor hipossuficiente. Isso porque, “é exatamente o requisito da hipossuficiência (geralmente econômica) do empregado perante seu empregador que autorizaria o juiz do trabalho a adotar a inversão do *ônus probandi*” (Leite, 2023, p. 507).

Importante destacar, porém, que, em razão do princípio da comunhão das provas, o aspecto subjetivo do ônus da prova – quem deve provar o quê – apenas deve ser considerado pelo julgador se for necessário utilizar o ônus da prova em seu aspecto objetivo, isto é, como regra de julgamento, por ausência ou insuficiência de prova (Neves, 2022, p. 731).

De acordo com Câmara²⁴ (2014, p. 439 *apud* Leite, 2023, p. 508), a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova possibilita ao julgador inverter o ônus quando a desincumbência dele, de acordo com a distribuição estática, gere a produção de prova diabólica pela parte que deveria provar a alegação de fato. Contudo, o § 3º do artigo em comento também estabelece que a inversão do ônus não pode gerar para a parte contrária a produção da referida prova diabólica (Brasil, 1943, Art. 818, § 3º).

Trata-se da aplicação do princípio da igualdade processual, pois a vedação à produção de prova diabólica se aplica a ambas as partes do processo. Não pode o julgador, sob esse fundamento submeter a parte contrária, que não detinha o ônus da prova, à produção de prova em que a desincumbência é impossível ou excessivamente difícil.

²³ Dispõe o CDC: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

²⁴ Ver em CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1.

Leite (2023, p. 510) advoga que, a despeito da expressão “poderá”, presente no § 1º do art. 818 da CLT, uma vez presentes os requisitos legais, o julgador tem o poder-dever de inverter o ônus da prova.

A distribuição do ônus da prova, pelo exposto, em muito contribui para solucionar o problema jurídico visualizado nesta pesquisa. Partindo disso, no próximo tópico será analisada a aplicação prática da teoria da distribuição estática e, também, dinâmica do ônus da prova nos casos envolvendo a responsabilidade subsidiária da administração pública, quando há controvérsia acerca da comprovação da falha do ente público na fiscalização da empresa terceirizada.

4.2 Responsabilidade subsidiária da Administração Pública

De início, cabe rememorar que os incisos do art. 818 da CLT definem caber ao reclamante o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, ao passo que incumbe ao reclamado o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante (Brasil, 1943).

De forma ilustrativa, se o reclamante alega ter direito ao pagamento de horas extras, ele deve provar o fato constitutivo do seu direito. Por sua vez, se o reclamado alega, na sua defesa, ter realizado tal pagamento, ter concedido compensação pelas horas extras prestadas ou, ainda, que não houve cumprimento de jornada extraordinária pelo empregado, deve apresentar os cartões de ponto, sob pena de a jornada indicada pelo reclamante ser presumida verdadeira, nos termos do item I da Súmula 338 do Tribunal Superior do Trabalho²⁵.

Isso ocorre porque, de acordo com a redação do art. 74, § 2º, da CLT, as empresas que possuem mais de 20 (vinte) empregados têm o dever de registrar os horários de entrada e de saída dos trabalhadores (Brasil, 1943). Assim, tratando-se de dever da empresa, a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito às horas extras pleiteadas pelo reclamante, atrai o ônus da prova para o reclamado.

Nesta hipótese, uma vez apresentados cartões de ponto regulares, os registros nele contidos são presumidos verdadeiros, incumbindo ao reclamante o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito.

²⁵ Dispõe a Súmula 338 do TST: “I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário”.

Do mesmo modo, aplicando tal raciocínio aos casos de comprovação de eventual falha na fiscalização realizada pela Administração Pública, se o reclamante alega que o ente público tomador dos serviços deve ser responsabilizado subsidiariamente porque não fiscalizou a empresa prestadora de serviços, a ele cabe o ônus do fato constitutivo alegado. Contudo, ao alegar, como tese de defesa, que fiscalizou a empresa terceirizada, a Administração Pública atrai o ônus da prova para si, por se tratar de fato impeditivo do direito do reclamante. Isso porque, a fiscalização dos contratos administrativos é dever legal da Administração Pública.

Tal entendimento é adotado por Delgado (2023, p. 559), o autor defende que o encargo probatório deve ser atribuído à Administração Pública, pois o fiel cumprimento do seu dever de fiscalização constitui fato impeditivo ao direito do reclamante.

Dessa forma, uma vez comprovada a fiscalização efetiva, o ente público tomador dos serviços não responderia subsidiariamente, apenas se o reclamante se desincumbisse do ônus de provar a existência de comportamento negligente da Administração Pública ou do nexo de causalidade entre o dano alegado e a conduta do ente público, como estabeleceu o STF na tese firmada no julgamento com repercussão geral do Tema 1.118. Somente nesta hipótese entende-se que o ônus poderia ser atribuído ao trabalhador.

Neste caso, “não se trata de inversão do ônus da prova, uma vez que a inversão tem fundamento específico em fatos de direito especiais, caso a caso. Trata-se, pois, de leitura estrita dos termos do art. 818 da CLT” (Silva, 2012, p. 43).

Em suma, pode-se notar que a aplicação pura e simples da distribuição estática do ônus da prova, nos termos do inciso II do art. 818 da CLT, já é capaz, por si só, de justificar a atribuição do ônus da prova da fiscalização à Administração Pública.

Demais disso, embora o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do citado Tema de Repercussão Geral 1.118, tenha vedado a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas decorrentes da inadimplência da empresa prestadora dos serviços, quando a condenação tiver fundamento apenas na inversão do ônus da prova, entende-se que tal decisão contraria os ditames da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Isso porque, de acordo com o § 1º do art. 818 da CLT o julgador pode inverter o ônus da prova quando houver, no caso concreto, impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte de se desincumbir do ônus a que lhe cabe, ou, ainda, quando a obtenção da prova do fato contrário for mais fácil (Brasil, 1943).

Conforme se observa, o problema da presente pesquisa se amolda integralmente à previsão legislativa, uma vez que se mostra mais fácil provar a existência da fiscalização do que a ausência desta, bem como é impossível ou excessivamente difícil para o trabalhador se desincumbir do ônus de provar a falha da Administração Pública na fiscalização da empresa terceirizada.

Em vista disso, ao afirmar um fato positivo – fiscalização do contrato – o ônus da prova deve recair sobre a Administração Pública, por ter maior aptidão para a prova, em contraponto, exigir essa prova do reclamante demandaria a apresentação de prova de fato negativo – ausência de fiscalização do contrato (CALCINI; CAMARA, 2023, p. 63). Consoante defendem Calcini e Camara (2023, p. 63), “não se pode onerar o trabalhador hipossuficiente com a impossível missão de provar a inexistência do fato”, sob pena de incorrer na prova diabólica.

Portanto, de acordo com o princípio da aptidão para a prova, consagrado no art. 818 da CLT, se o ente público tomador dos serviços alega que cumpriu o dever de fiscalizar a empresa prestadora de serviços, entende-se que ele deve se desincumbir do ônus de provar que realizou a aludida fiscalização.

Isso porque, considerando a hipossuficiência obreira, sob a ótica dos princípios de proteção ao trabalhador, a distribuição dinâmica do ônus da prova se apresenta como o instrumento jurídico adequado para resolver a questão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos casos de terceirização, pois o tomador de serviços é melhor aparelhado para a produção das provas.

Entendimento contrário representaria uma verdadeira institucionalização do descumprimento das garantias trabalhistas dos trabalhadores terceirizados, pois é frequente o caso de empresas terceirizadas que firmam contratos com a Administração Pública e, depois de inadimplir com as obrigações trabalhistas, desaparecem sem deixar patrimônio na conta da pessoa jurídica, muito menos dos respectivos sócios (Coutinho, 2016, p. 265-266).

Atribuir o ônus da prova da fiscalização de um contrato administrativo ao trabalhador afigura-se como imposição de produção de “prova puramente negativa e de ‘natureza diabólica’, de produção quase impossível pela parte hipossuficiente” (Pimenta, 2011, p. 301), pois se trata de pessoas que não possuem acesso à documentação que comprove a culpa da Administração Pública.

O julgado abaixo ilustra bem o referido entendimento. Veja-se:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/14 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CULPA IN VIGILANDO CARACTERIZADA - SÚMULA Nº 331, V, DO TST 1. O acórdão regional está em harmonia com a Súmula nº 331, item V, do TST, pois a responsabilização subsidiária do ente público decorreu do reconhecimento de conduta culposa na fiscalização do cumprimento do contrato . 2. Compete à Administração Pública o ônus da prova quanto à fiscalização, considerando que: i) a existência de fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do empregado; ii) a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93); e iii) não se pode exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou que apresente documentos aos quais não tem acesso, em atenção ao princípio da aptidão para a prova. [...] (RR-1046-69.2012.5.01.0060, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 24/06/2016) (Brasil, 2016)

Não parece razoável exigir que o obreiro atue como verdadeiro fiscal do contrato de terceirização, como pretende o STF, notificando o ente público tomador dos serviços da ocorrência de descumprimento contratual por parte da empresa prestadora dos serviços, principalmente considerando ser dever da Administração Pública fiscalizar os contratos administrativos.

Pondera-se que, em face da inexistência de regulamentação do inciso I do art. 7º da Constituição Federal²⁶, que prevê a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária (Brasil, 1988), os trabalhadores apenas possuem maior segurança para exigir do empregador a observância de seus direitos trabalhistas após o término da relação de emprego.

Assim, o obreiro pode se sentir inibido a notificar formalmente o ente público tomador dos serviços da inadimplência da empresa terceirizada quanto às verbas trabalhistas devidas, devido a possibilidade de sofrer represálias da empregadora.

Também não se mostra crível que os sindicatos e os órgãos do Ministério do Trabalho, Ministério Público e Defensoria Pública, que já possuem altas demandas, fiquem responsáveis pela aludida fiscalização, sendo esta a única forma de comprovar o comportamento negligente da Administração Pública e, assim, responsabilizá-la pelos encargos trabalhistas inadimplidos. Isso porque, mesmo com a atuação diligente, não parece possível a fiscalização de todas as empresas terceirizadas que possuam contrato vigente com a Administração Pública.

²⁶ Dispõe a CRFB/88: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Considerando que, nos termos do art. 117 da Lei 14.133/2021, deve haver pelo menos 1 (um) fiscal para cada contrato administrativo firmado pela Administração Pública, o ente público tomador dos serviços possui maior capacidade operacional para efetivamente fiscalizar os contratos de terceirização, isto é, a prova a ser produzida é de mais fácil acesso ao ente estatal, devendo, portanto, ser incumbido do ônus de demonstrar a ausência de culpa *in vigilando*.

Nesse sentido, cabe destacar o teor do artigo supracitado:

Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.

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

§ 2º O fiscal do contrato informará a seus superiores, em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes, a situação que demandar decisão ou providência que ultrapasse sua competência.

§ 3º O fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.

§ 4º Na hipótese da contratação de terceiros prevista no caput deste artigo, deverão ser observadas as seguintes regras:

I - a empresa ou o profissional contratado assumirá responsabilidade civil objetiva pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, firmará termo de compromisso de confidencialidade e não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato;

II - a contratação de terceiros não eximirá de responsabilidade o fiscal do contrato, nos limites das informações recebidas do terceiro contratado.

(Brasil, 2021)

Da leitura do dispositivo legal, observa-se que, além de ser exigido mais de um fiscal para acompanhar e fiscalizar a execução de cada contrato administrativo, a lei também faculta a contratação de pessoal para assistir ou subsidiar os fiscais. E, ainda, garante o suporte técnico da assessoria jurídica e de controle interno da Administração.

Dentre as suas obrigações, o fiscal deve anotar as ocorrências verificadas, atuando de forma a regularizar as faltas ou defeitos identificados; e, quando as ocorrências ultrapassarem sua competência, informar aos seus superiores, para imediata adoção das medidas cabíveis.

A inadimplência das verbas trabalhistas pelas empresas terceirizadas que possuem contrato com a Administração Pública, nesse ínterim, estão dentre as

ocorrências que devem ser verificadas pelo fiscal do contrato e reportadas para seus superiores. Ao ser notificado o ente público poderia, então, adotar uma das medidas previstas no § 3º do art. 121 da Lei 14.133/2021, quais sejam:

Art. 121. [...]

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

- I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;
- II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;
- III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;
- IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;
- V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador. (Brasil, 2021)

Além disso, o art. 50 do mesmo diploma legal também possibilita que a Administração Pública exija a apresentação de documentos que comprovem o regular adimplemento das obrigações trabalhistas, quando julgar necessário. Veja-se:

Art. 50. Nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o contratado deverá apresentar, quando solicitado pela Administração, sob pena de multa, comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, em especial quanto ao:

- I - registro de ponto;
- II - recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;
- III - comprovante de depósito do FGTS;
- IV - recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional;
- V - recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato;
- VI - recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva. (Brasil, 2021)

Observa-se que a própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê em seu texto medidas de fiscalização que podem ser adotados pela Administração Pública para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, em relação aos empregados terceirizados que laboram em favor do ente público tomador de serviços.

Nas palavras de Lopes (2021, p. 88), “o dever de fiscalização trazido pela Lei nº 14.133/21 traz contornos mais objetivos e alinhados aos anseios sociais relacionados à contratação de mão de obra terceirizada pela Administração”.

A Administração Pública figura como “única responsável pela vigilância do contrato, guarda dos documentos e de outros registros inerentes às medidas eventualmente adotadas para preservar a integridade do pacto civil firmado” (Coutinho, 2016, p. 268).

Dessa forma, atribuir o ônus da prova ao ente público tomador dos serviços não configura encargo excessivo.

O cumprimento escorreito da Lei de Licitações pela Administração Pública tem o potencial de diminuir, substancialmente, a quantidade de empregados terceirizados prejudicados pelo inadimplemento de suas verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços (Pimenta, 2011, p. 304).

A observância do dever de fiscalização pela Administração Pública, juntamente com a adoção das medidas mitigatórias do inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa contratada representam, assim, a observância do princípio da legalidade, plenamente aplicável ao direito administrativo.

Conforme pontua Lopes (2021, p. 95), “há necessidade de proteção ao hipossuficiente e há mecanismos legais para atribuir condenação à Administração sem ferir postulados constitucionais”.

Logo, o princípio da proteção pode ser aplicado em completa harmonia com o princípio da legalidade.

Para Coutinho (2016, p. 268), “atribuir ao empregado este ônus significaria, na prática, na imensa maioria das vezes, tornar letra morta o princípio da legalidade”. Isso se justifica, pois, exigir a produção de prova diabólica ao trabalhador isentaria a Administração Pública de demonstrar o cumprimento de seu dever, previsto, categoricamente, na lei.

Neste ponto, destaca-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, na tese firmada a partir do julgamento do Tema 1.118, reconhece o dever da Administração Pública de exigir da empresa terceirizada a comprovação de capital social integralizado, bem como de adotar medidas que assegurem o cumprimento, pela empresa prestadora de serviços, das obrigações trabalhistas.

Neste aspecto, entende-se que o Magistrado, com fundamento no já citado art. 765 da CLT, poderá determinar que o ente público tomador dos serviços apresente os

documentos que comprovem o cumprimento dos deveres estabelecidos na Lei 6.019/1974 e na Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A não apresentação injustificada de tais documentos ensejaria a condenação subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa terceirizada, por ausência de comprovação do fato impeditivo ao direito do reclamante, conforme disposto no inciso II do art. 818 da CLT.

De outra perspectiva, trata-se de observância do princípio da dignidade humana, com reflexos no princípio da intangibilidade salarial, pois, consoante pondera Delgado (2017, p. 153), “garantir-se juridicamente o salário em contextos de contraposição de outros interesses e valores é harmonizar o Direito à realização do próprio princípio da dignidade do ser humano”.

Portanto, uma forma de garantir maior efetividade na satisfação da verba salarial, de caráter alimentar, é a possibilidade de responsabilizar a Administração Pública subsidiariamente, quando comprovada sua culpa *in vigilando*.

Conforme assevera Leite (2018, p. 381), “a redução do custo Brasil não pode comprometer a dignidade do cidadão trabalhador”.

Em suma, é necessário garantir que a terceirização na Administração Pública não desvirtue a essência do direito do trabalho, o transformando “na antítese dos princípios, institutos e regras que sempre foram a marca civilizatória e distintiva desse ramo jurídico no contexto da cultura ocidental” (Delgado, 2023, p. 530).

Sendo assim, a Administração Pública deve adotar uma postura mais ativa nas demandas processuais que discutem sua responsabilidade subsidiária nos casos de terceirização, apresentando a documentação necessária para demonstrar o cumprimento das disposições da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lopes, 2021, p. 94), expressão do princípio da cooperação.

Não se trata de contestar a legitimidade do ato administrativo, apenas da estrita observância das regras de distribuição do ônus da prova, estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho.

Como proposta para efetivar a solução do problema, sugere-se que o Poder Legislativo proponha a inclusão do § 6º no art. 5º-A da Lei 6.019/1974, contendo a seguinte redação: o ente da Administração Pública que figurar como empresa contratante responde pelas obrigações trabalhistas, nos termos do § 5º, quando não comprovar o cumprimento do dever de fiscalização do contrato de terceirização. Tal

proposta encontra fundamento no arcabouço legislativo e principiológico aplicáveis ao tema, que foram abordados ao longo deste trabalho.

Resta demonstrado, assim, que o ente público tomador dos serviços possui maior aptidão para provar que fiscalizou o contrato de terceirização e, neste caso, desincumbindo-se do seu ônus, não ser responsabilizado pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora dos serviços.

Essa postura está em harmonia com os princípios do direito do trabalho e com os princípios do direito administrativo, pois não responsabiliza a Administração Pública, de forma automática, nem atribui ao trabalhador a produção de prova diabólica.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tratou sobre o ônus da prova envolvendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização. O estudo se mostrou relevante em razão da controvérsia jurisprudencial acerca da definição do responsável pelo encargo probatório nestes casos, que ensejou longas discussões no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Ao longo da pesquisa, pode-se elencar como limitação o acesso ao inteiro teor do acórdão do Recurso Extraordinário 1.298.647/SP, que, até o momento da finalização deste trabalho, ainda não havia sido disponibilizado pela Corte. O julgamento do mérito do Tema 1.118 do STF ocorreu apenas no dia 13 de fevereiro de 2025, tendo sido disponibilizado, até então, tão somente o teor da tese firmada, restando pendentes, até o presente, a publicação do acórdão, a data de encerramento da suspensão nacional e o trânsito em julgado da decisão. Essa situação impede a realização de uma análise mais aprofundada do fundamento dos votos dos Ministros. Apesar disso, foi possível alcançar os objetivos almejados no início deste trabalho.

No que diz respeito ao objetivo geral, entende-se que a interpretação mais adequada ao item V da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho é de que os entes integrantes da Administração Pública respondem de forma subsidiária pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas, por parte da empresa contratada, mas não de forma automática. Tal responsabilização depende da prova da culpa *in vigilando* da Administração Pública, cabendo tal ônus ao ente público, por ter maior aptidão para a prova. Não se desincumbindo do seu ônus probatório, o ente público tomador de serviços responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas relativas ao período da prestação laboral em seu favor. Contudo, tendo se desvincilhado do encargo probatório, cabe ao reclamante comprovar a existência de comportamento negligente da Administração Pública ou do nexo de causalidade entre o dano alegado e a conduta do ente público, sob pena de indeferimento do pedido de responsabilização subsidiária do ente público tomador de serviços.

Sobre os objetivos específicos, buscou-se, de início, abordar o instituto da terceirização, com destaque para as particularidades aplicadas à Administração Pública, sob o ponto de vista doutrinário, legislativo e jurisprudencial.

Nesse sentido, observou-se que a terceirização constitui uma exceção à prestação de serviços pelo empregado diretamente ao seu empregador. Isso porque,

na terceirização, existe uma relação triangular, envolvendo o empregado, o empregador e a empresa tomadora de serviços, esta não possui relação de natureza trabalhista com o obreiro que labora em seu favor.

Sob o ponto de vista legislativo, verificou-se que a Lei n. 6.019/1974, aplicável à iniciativa privada e à Administração Pública, estabelece as principais disposições legais acerca da terceirização no Brasil. Destaca-se, dentre tais disposições, a previsão de que a empresa tomadora de serviços responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços.

A Lei 14.133/2021, no entanto, restringe a responsabilidade do ente público tomador de serviços às contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, desde que comprovada a falha da Administração Pública na fiscalização da empresa contratada.

No que diz respeito à jurisprudência sobre o tema, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho também prevê a responsabilização da Administração Pública, de forma subsidiária, quando comprovada a conduta culposa do ente público tomador de serviços no cumprimento do dever de fiscalização da empresa terceirizada.

A interpretação dada pelo TST, a partir da referida Súmula, foi questionada no Supremo Tribunal Federal em três ocasiões de maior relevância.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF o STF entendeu que a Súmula 331 do TST não negava vigência ao art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, que foi considerado constitucional. A Corte estabeleceu a tese de que a Administração Pública não pode ser responsabilizada de forma automática pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, mas que tal situação não exclui a sua responsabilidade, em caso de culpa *in vigilando*.

Por sua vez, no Recurso Extraordinário 760.931/DF, o Supremo reforçou a impossibilidade de condenação automática da Administração Pública, sendo indispensável a prova da conduta culposa.

A ausência de definição do responsável pelo ônus de provar a culpa *in vigilando* da Administração Pública resultou na interposição do Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. No julgamento do referido RE, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o ônus da prova, nestes casos, cabe ao reclamante, que deve comprovar a conduta negligente ou o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do ente público tomador de serviços, não sendo possível a condenação da Administração Pública apenas com base na inversão do ônus da prova.

Em seguida, contrapôs-se os interesses sociais e econômicos, sob a ótica dos princípios aplicáveis ao direito do trabalho e ao direito administrativo.

Neste viés, observou-se que, no âmbito trabalhista, o desequilíbrio existente na relação de emprego, que tem como parte o trabalhador, parte hipossuficiente, bem como a empresa, detentora do poder econômica, justifica a existência do princípio protetor, que busca reequilibrar esta relação. Em razão deste princípio, a inversão do ônus da prova costuma trazer presunções favoráveis ao trabalhador.

Existem, ainda, princípios que possibilitam que o julgador conceda, no caso concreto, tratamento mais favorável ao obreiro, polo vulnerável da relação, tal como o princípio da finalidade do processo, o princípio da busca da verdade real e o princípio da igualdade processual. Já o princípio da cooperação impõe que as partes cooperem para a solução adequada do processo. Essa base principiológica justifica a inversão do ônus da prova, com o objetivo de alcançar uma solução mais justa para a lide.

Além disso, os princípios da intangibilidade salarial e da dignidade da pessoa humana garantem ao trabalhador a proteção do seu direito a remuneração pelo trabalho prestado, verba alimentícia, destinada às suas necessidades básicas.

Por outro lado, verificou-se que a Administração Pública é orientada pelo princípio da legalidade estrita, devendo fiel observância à lei.

Por sua vez, o princípio da eficiência estabelece que os atos administrativos devem ser guiados para a obtenção dos melhores resultados no desempenho dos serviços públicos, o que justifica a terceirização na Administração Pública.

E, ainda, o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos estabelece que o ônus de demonstrar a ilegalidade de um ato administrativo é de quem argui a ilegalidade.

Ademais, também foi abordada a distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, de forma a identificar possíveis soluções para o problema de pesquisa.

Depreendeu-se, assim, que a Consolidação das Leis do Trabalho estabelece, como regra, a distribuição estática do ônus da prova, com base no princípio do interesse, cabendo ao reclamante a prova do fato constitutivo do seu direito e, ao reclamado, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. E, à luz do caso concreto, a CLT também admite a distribuição dinâmica do encargo probatório, o atribuindo para a parte com maior aptidão para a prova, expressão do princípio da igualdade processual e da cooperação.

Sob o viés da distribuição estática do ônus da prova, cabe à Administração Pública o encargo de comprovar o fiel cumprimento do seu dever de fiscalização, pois este constitui fato impeditivo ao direito do reclamante.

De modo similar, sob a ótica da distribuição dinâmica do ônus da prova, também fica a cargo da Administração Pública o ônus de comprovar a ausência de falha na fiscalização, por ter maior aptidão para a prova. Atribuir este ônus ao reclamante ensejaria a determinação de produção de prova de natureza diabólica, devido à impossibilidade ou excessiva dificuldade de a produzir.

Compreende-se que o obreiro não deve ser responsável pela fiscalização do contrato de terceirização, nem mesmo os órgãos do Ministério do Trabalho, do Ministério Público e da Defensoria Pública. Isso porque, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos determina que a Administração Pública designe, no mínimo, 1 (um) fiscal para fiscalizar a execução dos contratos administrativos firmados, portanto, o ente público tomador de serviços possui maior capacidade técnica para comprovar a realização do seu dever de fiscalização do contrato firmado com a empresa terceirizada, em atenção ao princípio da legalidade.

Outrossim, a Lei de Licitações também prevê mecanismos para que a Administração Pública assegure o cumprimento dos encargos trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, com que firmou contrato de terceirização.

Portanto, restou demonstrado ser plenamente possível a responsabilização subsidiária da Administração Pública, quando comprovada a falha na fiscalização, como forma de atender aos princípios aplicáveis ao direito do trabalho e ao direito administrativo e, também, em atenção às regras de distribuição do ônus da prova.

Dessa forma, entende-se que atribuir o ônus da prova ao reclamante, quanto à culpa *in vigilando* da Administração Pública nos casos de terceirização, da forma estabelecida pelo STF no julgamento do mérito do RE 1.298.647/SP, apenas é possível se o ente público tomador dos serviços apresentar prova da fiscalização exercida, sob pena de configuração da prova de natureza diabólica.

Diante disso, a hipótese levantada, de que o ônus da prova, quanto à conduta culposa da Administração Pública na fiscalização dos contratos de terceirização, deve ser atribuído ao ente público tomador dos serviços, pois não o responsabiliza de forma automática, nem impõe ao obreiro a produção de prova diabólica, foi confirmada.

Considerando o problema da pesquisa, consistente na definição de quem deve ser incumbido do ônus de provar a fiscalização do contrato de terceirização, de modo

a não impor ao obreiro a produção de prova diabólica, nem imputar uma responsabilização automática à Administração Pública, pode-se chegar, com a presente pesquisa, à seguinte resposta: o ônus da prova deve ser atribuído à Administração Pública, mas, uma vez que tenha se desvencilhado dele, o trabalhador deve comprovar a culpa *in vigilando* do ente público tomador dos serviços.

Entende-se, neste ponto, que o Magistrado tem o poder de determinar que o ente público tomador dos serviços apresente os documentos que comprovem o cumprimento dos deveres estabelecidos na Lei 6.019/1974 e na Lei de Licitações, tais como a exigência de comprovação de capital social integralizado e a adoção de medidas que assegurem o cumprimento das obrigações trabalhistas, com fundamento no art. 765 da CLT. Tal exigência não configura a inversão do ônus da prova, mas tão somente a observância do inciso II do art. 818 da CLT, que atribui ao reclamado o ônus de comprovar a existência de fato impeditivo ao direito do reclamante. A não apresentação injustificada de tais documentos ensejaria a condenação subsidiária da Administração Pública no pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa terceirizada, por não ter se desvencilhado do seu encargo probatório.

Como proposta, de longo prazo, para efetivar a solução do problema, sugere-se que o Poder Legislativo proponha a inclusão do § 6º no art. 5º-A da Lei 6.019/1974, contendo a seguinte redação: o ente da Administração Pública que figurar como empresa contratante responde pelas obrigações trabalhistas, nos termos do § 5º, quando não comprovar o cumprimento do dever de fiscalização do contrato de terceirização.

Dessa maneira, a discussão jurisprudencial acerca do ônus da prova envolvendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nos casos de terceirização, poderá ser encerrada, tendo em vista que, eventual alegação de inconstitucionalidade da proposta legislativa acima apontada não lograria êxito, sob pena de contrariar todo o arcabouço legislativo e principiológico aplicáveis ao tema.

Espera-se que as sugestões apresentadas contribuam para a elucidação destes conflitos, muito recorrentes na Justiça do Trabalho, assim como tenham proporcionado uma leitura agradável e proveitosa.

REFERÊNCIAS

ARABI, Abhner Youssif Mota; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **Terceirização: uma leitura constitucional e administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BORBA, Mozart. **Diálogos sobre o CPC**. 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2025.

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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 25 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 12 fev. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 25 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 08 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**, revogada pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 25 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho

na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: 25 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 22 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 25 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF**. 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: Min. Cezar Peluso, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em: 25 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324/DF**. Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. Relator: Min. Roberto Barroso, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 25 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário 760.931/DF**. Embargos declaratórios em recurso extraordinário. Tema 246 da sistemática da repercussão geral. Responsabilidade subsidiária da administração pública. Empresas terceirizadas. Inexistência de omissão, obscuridade, contradição ou erro material. Embargos de declaração rejeitados. Relator: Min. Luiz Fux, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341030524&ext=.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 760.931/DF**. 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. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de março de 2017. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312704677&ext=.pdf>.
 Acesso em: 25 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1.298.647/SP**. Não há responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços contratada, se amparada exclusivamente na premissa da inversão do ônus da prova, remanescendo imprescindível a comprovação, pela parte autora, da efetiva existência de comportamento negligente ou nexo de causalidade entre o dano por ela invocado e a conduta comissiva ou omissiva do poder público. [...]. Relator: Min. Nunes Marques, 13 de fevereiro de 2025. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6048634>. Acesso em: 15 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 246**. Responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. 2014. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=246>. Acesso em: 25 jan. 2025.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (8ª Turma). **Recurso de Revista 1046-69.2012.5.01.0060**. Recurso de revista interposto sob a égide da lei nº 13.015/14 - responsabilidade subsidiária - administração pública - culpa in vigilando caracterizada - súmula nº 331, V, do TST. Relatora: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 22 de junho de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend2.tst.jus.br/rest/documentos/4fe8dcd14760ace1fbf39a1237bf548d>. Acesso em: 04 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução nº 174, de 24 de maio de 2011**. Edita as Súmulas nºs 426, 427, 428 e 429; Revisa as Súmulas nºs 74, 85, 219, 291, 326, 327, 331, 364, 369 e 387; Mantém o teor da Súmula nº 102 e; Cancela a súmula nº 349. Disponível em:
https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13179/2011_res0174.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 25 jan. 2025.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 256**. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [1986]. Disponível em:
https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html. Acesso em: 25 jan. 2025.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública

direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2011]. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 25 jan. 2025.

CALCINI, Ricardo; CAMARA, Amanda. Terceirização e o ônus da prova na responsabilização do ente público: além do direito, uma questão social. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, v. 27, n. 1, p. 56-65, 2023.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 31. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. Terceirização no âmbito da administração pública e responsabilidade a partir do julgamento da ADC n. 16 pelo STF. In: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannotti da (coord.). **Como aplicar a CLT à luz da Constituição**: Alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016. p. 257-270. Disponível em: <http://vlex.com.br/vid/terceirizacao-no-ambito-da-641550097>. Acesso em: 26 jan. 2025.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 20. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito processual do trabalho**. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018b.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização: trabalho temporário, cooperativas de trabalho**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017.

GOMES, Sebastião Edilson; LIMA, Bruna. **Manual de direito administrativo**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Leme: JH Mizuno, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

LOPES, Camila Maria Foltran. **Responsabilidade da administração pública direta por encargos trabalhistas nas terceirizações: uma discussão longe do fim**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, São Paulo, 2021.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2005.

MISSA, Élisson. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 22 fev. 2025.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista TST**, Brasília, v. 77, n. 2, p. 271-306, abr./jun. 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. *E-book*.

SILVA, Daniel Gomes da. **A prova diabólica e a responsabilidade subsidiária da Administração Pública no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012.

SOARES, Luis Augusto Baisch. **A terceirização e a precarização do trabalho no Brasil**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.