

A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS TERCEIRIZAÇÕES APÓS O TEMA 1.118 DO STF

LIABILITY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION IN OUTSOURCING AFTER STF TOPIC 1.118

Carlos Eduardo Oliveira Dias*

DOI: <https://doi.org/10.70940/rejud4.2025.703>

RESUMO

O presente texto analisa criticamente a responsabilização da Administração Pública nos contratos de terceirização após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Tema 1.118. Historicamente, a terceirização no Brasil esteve ligada à precarização do trabalho, tendo sido utilizada para enfraquecer a proteção social dos trabalhadores. A jurisprudência trabalhista, especialmente por meio da Súmula 331 do TST, procurou estabelecer limites e garantir a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. No caso da Administração Pública, essa

* Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (TRT15). Pós-doutorando em Economia Social e do Trabalho pela UNICAMP. Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Pós-Doutor pela Universidade de Córdoba (Argentina). Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2015-2017); Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho (2018-2020) e Juiz Auxiliar da Corregedoria Regional do TRT da 15ª Região (2020-2024). Professor em cursos de pós-graduação e autor de diversas obras jurídicas. Membro da Associação Juizes para a Democracia (AJD), da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD), do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA), da Asociación Americana de Juristas (AAJ) e do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD)

responsabilidade sempre foi controversa, especialmente em razão do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666 (Brasil, 1993). O STF, ao julgar o Tema 1.118, definiu hipóteses em que há presunção de negligência do Estado (como a omissão após notificação ou ausência de medidas previstas em lei), e outras em que se exige prova específica, inclusive atribuindo seu ônus ao trabalhador. Este artigo contextualiza a decisão no âmbito da terceirização e explora seus aspectos positivos e negativos, especialmente avaliando os impactos nos direitos dos trabalhadores.

PALAVRAS-CHAVE

Administração Pública. Direitos trabalhistas. Responsabilidade subsidiária. Supremo Tribunal Federal (STF). Terceirização.

ABSTRACT

This text critically analyzes the liability of the Public Administration in outsourcing contracts following the Supreme Federal Court (STF) decision on Topic 1.118. Historically, outsourcing in Brazil has been linked to job insecurity and used to weaken workers' social protections. Labor jurisprudence, particularly through Precedent 331 of the Superior Labor Court (TST), has sought to establish limits and guarantee the subsidiary liability of the service recipient. In cases involving the Public Administration, this liability has always been controversial, especially due to article 71, paragraph 1, of Law 8.666 (Brasil, 1993). The Supreme Federal Court, while ruling on Topic 1.118, outlined scenarios in which there is a presumption of State negligence (such as failure to act after notification or failure to take legally required measures), and others in which specific proof is required, going so far as to assign the burden of proof to the worker. This article puts the ruling in context with regard to outsourcing and explores its positive and negative aspects, particularly assessing the impacts on workers' rights.

KEYWORDS

Outsourcing. Public Administration. Subsidiary liability. Supreme Court. Labor rights.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
- 2 Precarização à brasileira: o *status* jurídico e as finalidades da terceirização no Brasil;
- 3 Restaurando as fronteiras: os critérios distintivos da licitude e as respostas do capital;
- 4 A terceirização na administração pública: um elemento peculiar;
- 5 Características e efeitos da decisão no Tema 1.118;
 - 5.1 Hipóteses de presunção de negligência;
 - 5.2 Necessidade de comprovação do comportamento negligente;
 - 5.3 Aspectos Processuais;
- 6 Considerações finais;
- Referências.

Data de submissão: 03/06/2025.

Data de aprovação: 03/09/2025.

1 INTRODUÇÃO

A disseminação da terceirização como modelo produtivo, havida desde a introdução da influência das teses de reorganização estrutural nas empresas, atingiu em cheio os processos judiciais trabalhistas. Especialmente após a edição da Súmula 331 do TST (Brasil, 2011), que mudou a orientação restritiva anterior, houve uma ampliação gradual e significativa na adoção desse método de exploração do trabalho, com toda a carga de negatividade que encerra, mormente por ser capaz de produzir desigualdade e precariedade.

O critério adotado pela súmula na definição de licitude ou ilicitude da terceirização foi o que disciplinou o tema até a aprovação das Leis n.º 13.429 (Brasil, 2017a) e 13.467 (Brasil, 2017b) e a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF 324 (Brasil, 2021a) e RE 958.252 (Brasil, 2018). Tirante as situações nas quais se invocava a contratação fraudulenta, postulando-se o reconhecimento direto da relação empregatícia

com o tomador de serviços – o que foi sepultado pelo texto normativo e pela decisão retro citados –, os aspectos mais marcantes envolviam a responsabilização do contratante: desde a discussão sobre sua natureza (se solidária ou subsidiária) até o correspondente alcance.

O fato peculiar é que, tanto na lei quanto na tese fixada para o Tema 725 – originado dos processos supramencionados –, ficou assentado que, em todos os casos, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços seria resguardada. Com isso, embora afastada de vez a possibilidade de reconhecimento da responsabilização solidária, essa obrigação ficou latente para todas as formas de contratação. No entanto, o assunto ainda permaneceu sob a pendência de uma solução definitiva envolvendo os meios de se alcançar a responsabilização da Administração Pública, que é um dos segmentos que mais se utiliza da terceirização.

Após um longo percurso – a repercussão geral havia sido reconhecida em 2020, mas o julgamento do tema foi concluído em fevereiro de 2025 –, o STF concluiu o julgamento do Tema 1.118 da sua Repercussão Geral, envolvendo exatamente os critérios para responsabilização subsidiária da Administração Pública nos contratos de terceirização. O presente artigo pretende examinar criticamente os efeitos da decisão, identificando as hipóteses de presunção de negligência na fiscalização contratual e os requisitos para responsabilização nos demais casos, bem como as implicações procedimentais relacionadas à distribuição do ônus probatório. Busca-se, assim, contribuir para a adequada compreensão do novo paradigma de responsabilização da Administração Pública em contextos de terceirização, compatibilizando a proteção dos direitos trabalhistas com a preservação do interesse público.

2 PRECARIZAÇÃO À BRASILEIRA: o *status* jurídico e as finalidades da terceirização no Brasil

Ao cabo dos duzentos anos de construção dos modelos de regulação do trabalho livre, advindos da institucionalização do regime capitalista, é notória a influência das variáveis econômicas, sociais e políticas na compreensão dos fenômenos próprios das relações dessa natureza. Por isso, os operadores do Direito do Trabalho frequentemente se veem compelidos à revisitação de alguns de seus conceitos, com a demanda recorrente de que se deve ajustá-los à realidade contemporânea.

No entanto, a par desse processo natural, não se pode perder de vista que existem estruturas fundantes que não podem ser objeto de transigência nem de uma relativização ostensiva, sob pena de se desconstruir um sistema de proteção que foi calcado em necessidades elementares dos trabalhadores. Nesse sentido, por mais que se tenham que compreender as razões que levam à conflagração de fenômenos como a terceirização, não é possível enxergá-los sem se voltar os olhos para a conformação histórica das relações de produção no Brasil. Como diz Paulinho da Viola, para pensar no futuro, não se pode esquecer o passado. Assim, é impossível tratar de um tema de tamanha consistência sem considerar a forma como as relações produtivas foram desenhadas na sociedade brasileira.

Como é de notório conhecimento, até o final do século XIX, a mão de obra predominante no Brasil era escravizada. Em um dos episódios históricos mais degradantes da Humanidade, naturalizava-se a prática segundo a qual seres humanos eram subjugados, aprisionados e expatriados e sua força de trabalho colocada a serviço do capital colonialista e exploratório. Ao longo de quase três séculos foi construída essa mácula irremediável na história, que até hoje produz inevitáveis efeitos nas relações sociais e intersubjetivas. Adiciona-se a isso o fato de que o Brasil não desenvolveu rigorosamente nenhum programa da inserção

social das pessoas que foram libertadas do cativeiro, lançando-as, mais uma vez, a um processo ingente de marginalidade.

Essa falta de qualquer processo de integração social e econômica dos trabalhadores que foram escravizados é a raiz de vários dos problemas que ainda hoje afetam a sociedade brasileira. Além da discriminação racial em si, esse processo produziu um gravíssimo abismo social e econômico entre os descendentes de pessoas escravizadas e os demais segmentos, ocasionando ampla desigualdade nas oportunidades de trabalho, de acesso à educação e de distribuição de renda, dentre outros. Daí porque a relevância da adoção de mecanismos de ação afirmativa para a atenuação dos nefastos efeitos dessa prática.

É certo, também, que o processo de abolição da escravidão foi lento e gradual, e motivado substancialmente por razões de índole econômica: leis como a do Ventre Livre e a do Sexagenário foram produzindo processos de alforria sobretudo em razão da perda de capacidade de trabalho das pessoas que estavam nessa condição, que resultavam em ônus indesejáveis aos seus **proprietários**. No mesmo contexto, a assinatura da Lei Áurea, sem prejuízo das gloriosas lutas empreendidas por diversos abolicionistas, foi também uma medida de caráter eminentemente econômico, pois atendia às pressões do Reino Unido – que era um grande parceiro comercial do Brasil – e decorreu da lógica segundo a qual a apropriação de trabalho assalariado era muito mais atrativa, economicamente, que a manutenção de pessoas escravizadas.

Vale lembrar que o capitalismo brasileiro só se consuma no início do século XX, e as relações de trabalho assalariadas não contavam com o conjunto de proteção social que veio a ser construído na década de 1930, justamente para permitir o pleno desenvolvimento industrial brasileiro. Nesse sentido, a obra clássica de João Manoel Cardoso de Melo (*O capitalismo tardio*).

Esses fatos são sobejamente conhecidos. No entanto, há passagens pouco exploradas em nossa história e que, portanto, não chegam ao conhecimento de todos. Com a gradual redução da mão de obra escrava e com o próprio deslocamento que começa a ocorrer da população para os aglomerados urbanos, alguns proprietários de cativos começaram a oferecer os seus serviços a outras pessoas ou mesmo a oficinas ou pequenos estabelecimentos industriais que existiam. É a figura que se tornou conhecida como a do **escravo de ganho** ou **negro de ganho**, como ensinam consistentes pesquisas históricas.

Nesse sentido, Luiz Aranha Correia do Lago:

Tanto no Rio de Janeiro como em Salvador, numerosas famílias possuíam um ou dois escravos, com os quais aferiam rendimentos arrendando-os a terceiros ou deixando-os livres durante o dia para trabalharem como escravos de ganho. Muitos mestres artesãos também continuavam a comprar escravos e a treiná-los, em vez de contratar apenas assistentes livres, para poderem arrendar os serviços desses escravos caso desejassem. [...] Muitos donos de escravos viviam do arrendamento de seus escravos, que algumas vezes (eram até) balconistas de lojas. (referindo-se à cidade de São Paulo). (Lago, 2014, p. 68-69).

E, ainda:

Igualmente era importante o número de escravos empregados nas oficinas independentes e nos poucos estabelecimentos industriais existentes no país, algumas vezes de forma exclusiva, outras vezes junto com trabalhadores livres. Uma manufatura têxtil criada em 1812 no subúrbio do Rio de Janeiro empregava mestres livres e escravos arrendados, sendo estes últimos usados para a tecelagem e outras atividades (Lago, 2014, p. 68-69).

O registro histórico se justifica porque não parece possível se dissociar, ainda que remotamente, a prática da interposição de mão de obra de figuras como a que aqui mencionamos. Fundamentalmente, os pilares do sistema são os mesmos, guardadas as devidas proporções: alguém, em troca de uma retribuição financeira, coloca os serviços de outra pessoa à disposição daquele que paga essa retribuição. Como dito, ao longo do século XIX havia famílias que viviam substancialmente dos **ganhos** auferidos pelo trabalho de pessoas escravizadas. Nessa mesma linha, Jacob Gorender aponta a existência de “escravos trabalhando em oficina própria ou montada pelo senhor, realizando pequenos negócios nas ruas, prestando serviços manuais contratados por terceiros”. O autor propunha, em razão disso, que fossem denominados “escravos rendeiros, em contraste com os assenzalados. Rendeiros, não da terra ou de qualquer imóvel, mas do próprio corpo, já que este constituía coisa venal pertencente ao senhor” (Gorender, 1978, p. 76).

Embora pareça uma comparação injusta, entendemos que esse dado não pode ser desprezado, pois ele nos remete a um ponto extremamente importante da construção do sistema institucional do Direito do Trabalho: a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que traz, de modo significativo, em seu instrumento de criação, a afirmação categórica da repulsa à mercantilização do trabalho. Desde o Tratado de Versalhes, que criou a Organização Internacional do Trabalho, tem-se positivada a assertiva de que “o trabalho humano não é mercadoria”, epíteto reprisado pela Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) hoje vigente. Não por outro motivo, a locação de mão de obra, qualificada pelos franceses como *marchandage*, foi banida em diversos ordenamentos jurídicos democráticos, sendo até criminalizada em alguns deles. (A respeito, ver Silva, 2014, p. 64.) Ressurge, no entanto, já próximo ao final do século XX, com uma designação diferente, concertada, e como uma suposta solução para os problemas

oriundos dos novos modelos produtivos então desenvolvidos, conforme já exploramos no capítulo anterior.

Esse movimento também chegou ao Brasil, e se instalou como forma preferencial de solução de determinados problemas estruturais das empresas. No entanto, o fato relevante é que, em nosso país, a terceirização assumiu um papel adicional, que acabou se tornando o protagonista: uma forma de retirar o trabalhador do sistema de proteção construído no início do século XX e que é considerado, por aqueles que advogam um pensamento mais voltado ao liberalismo, excessivamente intervencionista e capaz de comprometer a produtividade e a competitividade das empresas. Vide a lição de Márcio Pochmann:

O movimento de terceirização dos contratos de mão de obra pelas empresas no Brasil atendeu ao objetivo maior de assegurar a sua própria sobrevivência num contexto demarcado pela ampliação da competição intercapitalista desregulada e vinculada à inserção subordinada e passiva da economia nacional à globalização. (Pochmann, 2012, p. 54)

Dessa maneira, desde que começou a ser desenvolvido, ele se torna um dos instrumentos de desqualificação da mão de obra com vistas a suprimir ou, ao menos, reduzir o impacto de abrangência do sistema de proteção do trabalho. Em outras palavras, tornou-se instrumento de precarização, e não apenas um modelo produtivo voltado ao incentivo da especialização. É o que Ricardo Antunes chama de “subproletarização do trabalho”, “presente nas formas de trabalho precário, parcial, temporário, subcontratado, ‘terceirizado’, vinculados à ‘economia informal’, entre tantas modalidades existentes.” (Antunes, 2000, p. 52).

A despeito disso, o tema não mereceu regulação oportuna por

parte do legislador. Tirante alguns dispositivos tópicos¹, não foi construída uma legislação para abarcar esse fenômeno econômico e suas repercussões no Direito do Trabalho. Todavia, com os permissivos legais pontuais e na onda de desconstrução já assinalada, a terceirização passou a ser intensamente praticada, ocasionando constantes provocações ao Poder Judiciário para enfrentar o tema, à luz do sistema em vigor. Nesse sentido, ainda nos anos 1980, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), exercendo seu papel uniformizador da jurisprudência, estabeleceu limites severos à interposição de mão de obra, consolidando seu entendimento no Enunciado 256, que somente a admitia nos casos especificados em leis vigentes à época. Relevante a leitura feita por Noêmia Porto no estudo dos precedentes que levaram à construção do Enunciado 256. Para a autora, o TST reforçou “a temática do princípio da legalidade estrita, porquanto o contrato celebrado com o empregado não poderia subsistir à falta de lei dispondo diretamente sobre tal possibilidade”, e “a intermediação, sem reconhecimento do vínculo direto com a tomadora, representaria, assim, uma afronta à Constituição e aos termos do art. 9º da CLT” (Porto, 2013, p. 52).

No início dos anos 1990, no entanto, o TST revisou sua jurisprudência, devidamente influenciado pelo perfil de sua composição – a qual incluía, à época, a chamada representação

¹ Nesse sentido, os dispositivos legais que, de alguma maneira, tratam da interposição de mão de obra são: a) CLT - art. 455; art. 442, § 2º (L. 8949/94) - Cooperativas de trabalho; art. 652, a, III; b) Decreto Lei n.º 200/67 - Administração Pública, art. 10, § 7º - Tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; c) Lei n.º 5645/70 - Atividades de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras (preferência); d) Lei n.º 6.019/74 - Trabalho temporário; e) Lei n.º 7.102/83 - Segurança e transporte de valores para estabelecimentos financeiros; f) Lei n.º 8.987/95 (art. 25) - Concessão e permissão dos serviços públicos; g) Lei n.º 9.472/97 (art. 94) - Lei das telecomunicações; h) Decreto n.º 2.271/1997 (art. 1º) - Atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares (Administração Pública).

classista, suprimida pela Emenda Constitucional 24/99 – e pela incisiva inflexão do pensamento econômico hegemônico, que atuava incisivamente em favor da ampliação das hipóteses de terceirização. Assim,

[...] uma interpretação extensiva – ou heterodoxa da não eventualidade (CAMINO, 2004) – admitiu como conforme ao direito a exteriorização da atividade-meio realizada na empresa, desde que sem pessoalidade ou subordinação” (Silva, 2014, p. 65).

Essa alteração se deu com a Súmula 331 (Brasil, 1993), que revogou a que lhe antecedia. Com isso, a jurisprudência consolidada passou a admitir a interposição de mão de obra para além das hipóteses previstas em lei, estendendo sua licitude a todas as situações que não envolvessem a essência econômica da atividade empresarial.

Nesse contexto, apesar dos esforços da jurisprudência trabalhista de tentar estabelecer contornos mais precisos para a adoção da terceirização, o critério jurisprudencial não foi suficiente para eliminar os problemas decorrentes dessa mutação conceitual. Com efeito, além das situações contempladas na legislação específica, que são o trabalho temporário (Lei n.º 6.019/74) e o prestado em Serviços de Vigilância (Lei n.º 7.102/70), foram consideradas lícitas as práticas de interposição de mão de obra nos serviços de conservação e limpeza, além de outros ligados a serviços especializados, o que poderia ser traduzido como “atividade-meio”, envolvendo funções e tarefas que não compõem a dinâmica empresarial e não definem sua essência, ou seja, que podem ser consideradas atividades periféricas no complexo produtivo. De outra parte, seriam ilícitas todas as situações de interposição envolvendo serviço não especializado e que contasse com pessoalidade e subordinação direta. Dentro da lógica da chamada atividade-fim podem ser inseridas funções e tarefas que se ajustam ao núcleo da dinâmica

empresarial, vale dizer, as atividades nucleares e definidoras da essência econômica da empresa.

3 RESTAURANDO AS FRONTEIRAS: os critérios distintivos da licitude e as respostas do capital

A partir dos ditames lavrados na jurisprudência, todo o embate subsequente passou a envolver o preenchimento dos conceitos indeterminados estabelecidos na súmula, e que seriam definidores não apenas da natureza da interposição – se lícita ou ilícita – como também de seus efeitos – reconhecimento de vínculo diretamente com o tomador de serviços ou sua responsabilidade subsidiária. O passo seguinte na evolução jurisprudencial foi o de estabelecer o que poderia ser considerado atividade-fim e o que seria atividade-meio. Por certo que as forças econômicas acentuaram o discurso da especialidade, e procuraram emplacar interpretações cada vez mais extensivas ao conceito de atividade-meio, com a finalidade de ampliar as hipóteses de terceirização, sendo devidamente sufragadas pela existência de leis destinadas a segmentos específicos.

Foi o caso das Leis n.ºs 8.897/95 e 9.472/97, respectivamente tratando dos setores de energia elétrica e de telecomunicações. Não é casual que essas leis foram elaboradas para atender à demanda específica do poder econômico representado por esses setores, que foram privatizados no decorrer dos anos 1990 e entregues a grandes corporações, inclusive de capital internacional, extremamente interessadas no máximo aproveitamento do mercado deixado pelas empresas públicas que antes exerciam essas atividades. O **pacote**, formado no contexto da hegemonia neoliberal, envolvia a desconstrução do primado do trabalho nesses setores produtivos.

Mas as dificuldades nesse sentido foram latentes. Afinal, mesmo diante dos parâmetros estipulados pela Súmula 331, há

problemas naturais de preenchimento desse conceito, que tendem a variar de acordo com o modelo produtivo adotado. Aquilo que é nitidamente periférico em determinadas atividades pode ser da essencialidade do exercício econômico de outras. Ao lado disso, o paradigma jurisprudencial também se mostrou insuficiente ao qualificar a existência da pessoalidade e da subordinação direta como elementos caracterizadores da terceirização ilícita, sem levar em conta as dimensões contemporâneas desses conceitos.

Com efeito, a descentralização produtiva dos processos de trabalho leva, de maneira inevitável, à pulverização das relações econômicas, que nem sempre se amoldam à configuração clássica estabelecida para esses elementos de configuração do contrato de trabalho. Bem por isso a doutrina tem cuidado de renovar conceitos estruturantes como esse, a fim de “melhor adaptar este tipo jurídico às características contemporâneas do mercado de trabalho”, atenuando “o enfoque sobre o comando empresarial direto, acentuando, como ponto de destaque, a inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços” (Delgado, 2007, p. 86). Daí porque a subordinação objetiva – ou direta, nos dizeres sumulares – deveria ser readequada para se considerá-la ao plano estrutural, muito mais condizente com os modelos produtivos contemporâneos, o que, naturalmente, trazia um novo corte conceitual à própria licitude da terceirização. Subordinação estrutural é aquela

[...] que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento (Delgado, 2007, p. 86).

Além disso, a solução jurisprudencial não solucionou um problema que, embora seja aparentemente simples, produz

efeitos dos mais complexos. Trata-se da distinção entre as modalidades interna e externa de terceirização. Com efeito, o fenômeno da terceirização contemporânea surge exatamente com o processo de externalização de parte da atividade produtiva de uma empresa para outra, a quem fica incumbida a realização da produção específica de certas etapas do processo. Todavia, o regramento sumular foi enfatizado sobre as formas internas de terceirização, classicamente configurado pela já enunciada **locação de mão de obra**. Não por outro motivo, as figuras de licitude descritas na súmula são exatamente aquelas que se configuram dessa maneira. Esse enquadramento contribuiu para a formulação de um juízo superficial no sentido de que só poderia ser considerada terceirização a prática voltada à internalização do processo, desqualificando-se as formas externas desse contexto. O resultado imediato desse processo é o não reconhecimento dessas práticas como inseridas nos ditames jurisprudenciais, ora afastando o debate sobre a ilicitude – e, naturalmente, impedindo o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços –, ora afastando a própria responsabilidade subsidiária.

Essa, a nosso ver, a maior distorção oferecida por essa visão equivocada da terceirização, segundo o modelo firmado classicamente. A partir dessa lógica simplificadora – que tende a reconhecer os efeitos jurídicos de determinado fenômeno apenas se se ajustá-lo de modo específico ao modelo sumular previamente afirmado –, deixa-se de assimilar os conceitos estruturantes que justificam a própria existência do Direito do Trabalho. Um dos exemplos mais gritantes dessa desqualificação está no tratamento que a jurisprudência vem conferindo aos chamados **contratos de facção**, usados pela indústria têxtil para transferir etapas de sua produção para empresas ou pessoas naturais. A despeito de ser típica terceirização externa, a jurisprudência trabalhista, inclusive do TST, vem negando o reconhecimento desse enquadramento a esse tipo de contrato,

inclusive para negar a responsabilidade subsidiária da indústria.

O efeito imediato disso é que o critério jurisprudencial não impediu efetivamente a terceirização de atividades nucleares ao processo produtivo, como as de supervisão, organização, logística, gerência e inspeção de qualidade, em um processo que Márcio Pochmann denomina “superterceirização”. A expressão superterceirização de mão de obra é usada por Pochmann para tratar da terceirização realizada sobre atividades essenciais ao funcionamento da cadeia de produção, como as tarefas voltadas à própria produção, a vendas, organização, supervisão, gerência, dentre outras (Pochmann, 2012, p. 53). Ao contrário do que se supunha, portanto, o corte de licitude feito pela jurisprudência não foi capaz de minimizar as práticas irregulares de terceirização, que foram, do contrário, intensificadas (Pochmann, 2012, p. 53).

A jurisprudência, no entanto, também sofreu um processo de mutação, ainda que sem alterações substanciais no texto da Súmula 331. A nova configuração do Tribunal Superior do Trabalho enrijeceu a interpretação desses conceitos, procurando deixá-los adstritos àquilo que se pode extrair da aplicação potencial dos princípios do Direito do Trabalho. Nesse sentido citam-se, por exemplo, as decisões da SDI-1, do TST, nos processos E-ED-RR-586341-05.1999.5.18.5555, de relatoria do Min. Vieira de Mello Filho e E-RR-134640-23.2008.5.03.0010, relatado pela Min. Maria Calsing, que interpretaram que as diretrizes legais relativas à terceirização nos serviços de energia elétrica e telecomunicações tinham aplicação restrita ao âmbito administrativo, não produzindo amplos efeitos para fins juslaborais. Na mesma esteira, no julgamento do processo RR-2006-11.2013.5.03.0003, de relatoria do Min. Freire Pimenta, o TST reconheceu que as atividades de *call center* não poderiam ser consideradas como atividade-meio, pontuando a ilicitude da terceirização nesse segmento.

O fato é que essa conformação acabou produzindo um efeito

dúplice: os detratores de toda e qualquer modalidade de terceirização criticaram a posição consolidada pelo TST sob o argumento de que ela abre uma relevante concessão na relação empregatícia típica. Ao lado disso, criticava-se, com frequência, o fato de não ter o TST reconhecido a responsabilidade solidária do tomador de serviços nos casos de interposição lícita de mão de obra, atribuindo-lhe apenas a responsabilidade subsidiária.

Por outro lado, os defensores da amplitude da terceirização sustentam que as interpretações da Corte Superior Trabalhista foram rigorosas demais com o instituto, contribuindo para o engessamento das estruturas empresariais. Questionavam, ainda, a mesma responsabilidade subsidiária, sustentando que ela afronta a livre iniciativa, a supremacia dos contratos entre as partes e que, de resto, seria inconstitucional, por atribuir uma obrigação aos tomadores que não é prevista em lei.

Esse movimento detonou grande reação do poder econômico aos freios que a jurisprudência trabalhista tem oferecido à interposição de mão de obra – ainda que, repita-se, a alteração sumular de 1993 tenha sido bem mais generosa com o instituto do que a que antecedeu. Não se pode negar, no entanto, que o TST vinha se dedicando a buscar construções interpretativas com vistas a minimizar os efeitos deletérios da terceirização desenfreada, a ponto de realizar, em outubro de 2011, a primeira audiência pública de sua história, para debater amplamente este tema. A audiência foi realizada nos dias 04 e 05 de outubro de 2011, e envolveu cinquenta exposições feitas por especialistas, acadêmicos e representantes sindicais, a fim de esclarecer questões de fato sobre os múltiplos aspectos envolvidos na terceirização.² O engajamento se mostrou necessário, já que, na ocasião, somente naquela Corte havia cerca de 5 mil processos

² O material da audiência encontra-se disponível em: http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php?audiencia=nav/home.

em tramitação relativamente ao assunto.

Ao cabo desse processo de discussão sobre os conceitos de atividade-fim e atividade-meio, chegou à apreciação do TST uma ação civil pública movida pelo Ministério Público do Trabalho e por um sindicato profissional, na qual havia sido condenada uma empresa a se abster de contratar terceiros para sua atividade-fim e, ainda, ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, condenação que foi mantida pela Corte trabalhista. A ação foi ajuizada após a atuação da fiscalização do trabalho em unidades da empresa Celulose Nipo Brasileira S/A (Cenibra), no interior mineiro, na qual foram verificados contratos de prestação de serviços com onze empresas terceirizadas para atendimento das necessidades de manejo florestal, vinculadas à atividade-fim dela (plantio, corte e transporte de madeira), envolvendo mais de 3.700 trabalhadores em condições precárias de trabalho. A condenação em primeiro grau foi mantida pelo TRT de Minas Gerais e, posteriormente, pelo TST.

O processo foi levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n.º 713.211 (Brasil, 2015a), que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual daquela Corte em julgamento de maio de 2014, sendo Relator o Ministro Luiz Fux. Por outro lado, na análise do ARE 791.932, relativamente à situação na qual se discute a terceirização em atividades de *call center*, o Ministro Teori Zavascki determinou o

[...] sobrestamento de todas as causas que apresentem questão idêntica à que será resolvida com foros de repercussão geral no presente caso, sem prejuízo de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas (Brasil, 2015a)

A par da discussão sobre o caráter transcendente ou não dessa questão, a disposição da classe empresarial de levar o

debate ao Supremo Tribunal Federal denotou o firme propósito de buscar a ampliação jurisprudencial das hipóteses e possibilidades de terceirização, que fora gradualmente modulada pelo TST, de modo a criar um modelo que, se não está indene de críticas, ao menos tem sofrido limitações razoavelmente civilizatórias. E o fez, sintomaticamente, a partir de casos em que se evidencia um notório desprestígio ao sistema de proteção das relações de trabalho, acentuando a percepção de que a terceirização brasileira é, substancialmente, voltada à precarização do trabalho. Ficando apenas nos dois casos citados, além das condições de trabalho precário apuradas no processo que deu origem ao ARE 713.211 (Brasil, 2015a), tem-se o enfrentamento da terceirização em atividades de *call center*, notoriamente conhecida nas cortes trabalhistas pela prática ostensiva de condutas assediantes, como as limitações ao uso de banheiro, imposição de metas agressivas de produtividade e tratamento rigoroso dos superiores hierárquicos.

O capítulo definitivo – e devastador – sobre esse assunto foi a aprovação da Lei n.º 13.429 (Brasil, 2017) e também da Lei n.º 13.467 (Brasil, 2017), do mesmo ano, que alteraram a Lei n.º 6.019 (Brasil, 1974), a qual tratava, até então, somente do trabalho temporário, e passou a disciplinar o tema de modo abrangente. Na essência, o regramento que passou a valer tornou ineficaz o critério da Súmula 331 (Brasil, 2011), admitindo a terceirização em qualquer tipo de atividade, mesma linha adotada pelo STF no julgamento do Tema 725 (Brasil, 2018) – cujo ponto de partida foi justamente a validade ou não da regra da Súmula 331: no julgamento da ADPF 324 (Brasil, 2021a), o STF estabeleceu a tese de que qualquer tipo de transferência de serviços entre pessoas jurídicas distintas é lícito, o que, naturalmente, inclui a Administração Pública. Com isso, o cenário construído nessa peculiar interpretação constitucional é de que todas e quaisquer atividades produtivas, inclusive as realizadas pelo Estado (ainda que nem sempre se qualifiquem como

produtivas), podem ser objeto de terceirização.

A conjugação das duas vontades dentro de um contexto de precarização deitou por terra décadas de construção jurisprudencial nas três esferas de jurisdição trabalhista, admitindo, como se sabe, a terceirização incondicional, independentemente da atividade realizada pelo tomador de serviços.

4 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: um elemento peculiar

A terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública constitui uma prática histórica na gestão do Estado brasileiro. Seus primórdios estão situados no final dos anos 1960, quando a ditadura militar pretendeu reestruturar o papel do Estado que, em sua visão autoritária-liberal, seria por demais excessivo. Como observa Fernando Luiz Abrucio,

[...] a trajetória recente da gestão pública brasileira caracteriza-se por sucessivas tentativas de reforma que buscaram redefinir o papel do Estado e modernizar sua estrutura administrativa" (Abrucio, 2007, p. 68).

Assim, iniciou-se um processo de sucateamento dos serviços públicos e passou-se a permitir a contratação de empresas para a execução de determinadas atividades típicas do Estado através do Decreto-Lei n.º 200 (Brasil, 1967).

O referido diploma legal, que "marcou a primeira tentativa efetiva de implementar uma reforma gerencial na administração pública brasileira", estabeleceu em seu art. 10, § 7º, que

[...] para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento

desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução (Brasil, 1967).

O início da terceirização no Brasil se deu por essa via, ainda que não recebesse tal nomenclatura na época.

Esse processo foi ao encontro da tendência de reestruturação do mercado de trabalho ocorrida desde a década de 1970 em boa parte do mundo capitalista, já desenvolvido no tópico anterior. Os motivos, no entanto, foram um pouco distintos, ainda que com pontos de chegada assemelhados: a instituição da precarização do trabalho humano. Mas, no caso da terceirização feita pelas entidades administrativas, isso trouxe outros efeitos: o sucateamento dos serviços públicos, o que viria a ser o mote para o amplo processo de privatização nos anos 1980-90, devidamente motivados pelo discurso da ineficiência.

Todavia, de todas as impropriedades que se enxergam no fenômeno da terceirização, o seu uso no âmbito da Administração Pública permite ainda outros efeitos perversos, para além dos dois problemas já citados. Trata-se de uma via fácil para práticas ilícitas e instrumentaliza a ofensa a importantes princípios constitucionais, como o da impessoalidade e o do acesso universal pelo concurso público. A disseminação da terceirização no serviço público propicia que subsistam práticas clientelistas, assinaladas, sobretudo, pela possibilidade de contratação de pessoas a partir dos interesses políticos do administrador. Como adverte Marçal Justen Filho,

[...] a terceirização constitui instrumento de fuga ao regime jurídico-administrativo, especialmente no

tocante ao dever de realizar concurso público para admissão de pessoal (Justen Filho, 2014, p. 892).

Isso não é meramente uma atividade cerebrina, pois uma breve passagem pelos portais de notícias mostra incontáveis exemplos de práticas de tal natureza.

Esse tipo de terceirização foi consagrado a partir da Constituição de 1988, e ratificado pela Lei n.º 8.666 ((Brasil, 1993), que, inclusive, trouxe o dispositivo que versa sobre a questão central deste texto: seu art. 71, § 1º, estabelece expressamente que

[...] a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento (Brasil, 1993).

Este dispositivo da Lei de Licitações tem sido objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial, especialmente quanto à sua compatibilização com a responsabilidade subsidiária estabelecida pela jurisprudência trabalhista.

É relevante salientar que tanto o texto legal como a tese aprovada no Tema 725 ratificaram a existência da responsabilidade subsidiária, prevista na Súmula 331 do TST. Em 2018, os ministros do Supremo Tribunal Federal consideraram que havia a existência de inconstitucionalidade na Súmula 331 do TST, especificamente em seus itens que estabeleciam responsabilidade automática da Administração Pública. O STF, no julgamento do RE 958.252/MG (Tema 725), fixou a seguinte tese:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante (Brasil, 2018).

A questão da responsabilidade da Administração Pública por encargos trabalhistas de empresas contratadas, no entanto, tem longa trajetória na jurisprudência brasileira. Inicialmente, o TST consolidou entendimento que atribuía responsabilidade subsidiária **automática** ao ente público pelos débitos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços. A Súmula 331 do TST estabelecia que

[...] 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 (Brasil, 2011).

Na realidade, essa responsabilidade sucessiva seria uma decorrência lógica da contratação, e compreendia regra aplicada a qualquer tipo de contratante, independentemente da sua natureza jurídica ou institucional.

A evolução jurisprudencial sobre o tema demonstra a complexidade das relações entre o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho, especialmente quando se trata de harmonizar os princípios da eficiência administrativa com a proteção dos direitos sociais dos trabalhadores terceirizados que prestam serviços ao Estado.

A edição original da Súmula 331, aprovada pela Resolução n.º 23 (Brasil, 1993), não fazia distinção entre tomadores de serviço privados e a Administração Pública. Posteriormente, com a alteração promovida pela Resolução n.º 96 (Brasil, 2000), o TST acrescentou o item IV, atribuindo expressamente a responsabilidade subsidiária aos "órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista".

Esse entendimento sumulado, contudo, sofreu forte

questionamento em face do disposto no art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666 (Brasil, 1993), culminando no ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16, julgada pelo STF em 24/11/2010. Nessa decisão, a Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade do dispositivo legal, afastando a responsabilização automática do Poder Público, mas ressaltando a possibilidade de sua responsabilização em casos de comprovada omissão na fiscalização do contrato, fato que aparece ao longo dos debates, ainda que não tenha constado da ementa.

Em resposta a essa decisão, o TST promoveu nova alteração na Súmula 331, por meio da Resolução n.º 174/2011, adaptando seu item V para estabelecer que:

[...] 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 nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora (Brasil, 2011).

A despeito daquele julgamento, ficaram em aberto diversos questionamentos sobre os parâmetros objetivos para a aferição dessa responsabilidade, inclusive a confirmação de que ela seria possível em situações de culpa da Administração. Em tal contexto, surgiu o Tema 246 da Repercussão Geral do STF, no qual ficou assentado que

[...] 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 (Brasil, 2019).

Esse conjunto de decisões, de caráter vinculante, estabeleceu que, a despeito do que consta no texto legal referido, é possível reconhecer a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento dos créditos dos trabalhadores terceirizados caso fique configurada sua culpa. O que a difere, nesse caso, da responsabilidade das empresas privadas é o fato de que, no caso delas, a transferência é **automática**, ou seja, independe da prova de culpa ou dolo. No caso da Administração Pública, no entanto, teria de haver prova da negligência na fiscalização e no acompanhamento do cumprimento do contrato entre as empresas.

A nosso ver, essas decisões fazem uma interpretação que desconsidera o disposto no § 6º do art. 37, da Constituição. Segundo excertos da decisão, esse dispositivo se aplicaria apenas a situações de responsabilidade extracontratual, mas não parece haver distinção no texto legal, mormente porque, na terceirização, existe um direcionamento específico de serviços próprios do Estado por conta de terceiros, o que mais do que justifica a responsabilidade objetiva.

Apesar disso, foi a tendência que acabou por prevalecer e, repita-se, de modo vinculante, de maneira que torna-se inviável qualquer tentativa de não aplicação. Vale assinalar que a Lei n.º 8.666 foi revogada pela Lei n.º 14.133 (Brasil, 2021) que, todavia, repisou a regra da “irresponsabilidade” em seu art. 121, § 1º.

5 CARACTERÍSTICAS E EFEITOS DA DECISÃO NO TEMA 1.118

Ao apreciar o Tema 1.118 da Repercussão Geral, o STF retomou a questão, estabelecendo diretrizes mais precisas para a caracterização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, teoricamente estabelecendo parâmetros

mais objetivos para a responsabilização da Administração Pública. A decisão – proferida no Recurso Extraordinário n.º 1.298.647 (Brasil, 2025), no qual havia sido reconhecida a Repercussão Geral, cujo tema recebeu o número 1.118 – aprofunda a interpretação do art. 71 da Lei n.º 8.666 (Brasil, 1993), já contextualizada pela ADC 16 (Brasil, XXXX), e dialoga com as inovações trazidas pela Lei n.º 14.133 (Brasil, 2021).

O Supremo Tribunal Federal, nesse julgamento, reconheceu a insuficiência de critérios genéricos para a caracterização da negligência estatal, estabelecendo hipóteses específicas de presunção de negligência, nas quais a responsabilidade da Administração Pública pode ser atribuída independentemente de prova adicional, e outras situações em que se exige a comprovação do comportamento culposos.

Essa decisão estabelece algumas hipóteses que permitem alcançar a responsabilidade da Administração Pública nesse tipo de contratação. Analisemos cada uma delas, divididas em duas grandes espécies. Para contextualizar, recordemos a tese fixada na ocasião do julgamento:

1. 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.
2. Haverá comportamento negligente quando a Administração Pública permanecer inerte após o recebimento de notificação formal de que a empresa contratada está descumprindo suas obrigações trabalhistas, enviada pelo trabalhador, sindicato, Ministério do Trabalho, Ministério Público,

Defensoria Pública ou outro meio idôneo.

3. Constitui responsabilidade da Administração Pública garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato, nos termos do art. 5º-A, § 3º, da Lei nº 6.019/1974.

4. Nos contratos de terceirização, a Administração Pública deverá: (i) exigir da contratada a comprovação de capital social integralizado compatível com o número de empregados, na forma do art. 4º-B da Lei nº 6.019/1974; e (ii) adotar medidas para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada, na forma do art. 121, § 3º, da Lei nº 14.133/2021, tais como condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas do mês anterior (Brasil, 2025).

A seguir, vamos examinar cada situação explicitada na tese, com nossas considerações.

5.1 Hipóteses de presunção de negligência

Em primeiro lugar, tem-se as quatro hipóteses específicas em que há presunção de negligência da Administração Pública na fiscalização do contrato, dispensando a produção de provas adicionais para sua responsabilização subsidiária. São elas: inércia após notificação formal, não exigência de capital social integralizado compatível, não adoção das medidas preventivas da Lei n.º 14.133/2021 e verbas relativas a condições de segurança, higiene e salubridade.

5.1.1 Inércia Após Notificação Formal

A primeira hipótese de presunção ocorre quando a

Administração Pública, após ter sido formalmente notificada sobre o inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, permanece inerte, não adotando as providências necessárias para sanar o problema ou resguardar os direitos dos trabalhadores.

Destaca-se que essa notificação não está sujeita a requisitos formais rígidos, podendo ser realizada por qualquer meio idôneo que leve ao conhecimento do ente público a situação de inadimplemento. Isso inclui comunicações diretas pelos trabalhadores ou seus representantes, notificações extrajudiciais e até mesmo citações em processos judiciais, desde que o contrato ainda esteja em vigor ou existam parcelas pendentes de pagamento.

A mera ciência formal do inadimplemento, portanto, impõe à Administração Pública o dever de agir, seja exigindo a regularização pela contratada, seja aplicando as sanções contratuais cabíveis, ou mesmo providenciando a rescisão do contrato nos casos mais graves. A omissão diante dessa ciência caracteriza negligência presumida, ensejando a responsabilização subsidiária pelos débitos trabalhistas inadimplidos.

5.1.2 Não Exigência de Capital Social Integralizado Compatível

A segunda hipótese refere-se à não exigência, pela Administração Pública, de comprovação de capital social integralizado compatível com o número de empregados, conforme previsto no art. 4º-B da Lei nº 6.019/74. Essa exigência visa a assegurar que a empresa contratada possua solidez financeira suficiente para arcar com os encargos trabalhistas decorrentes da contratação.

O referido dispositivo legal estabelece parâmetros mínimos de capital social de acordo com o número de empregados: empresas

com até dez empregados devem comprovar capital mínimo de R\$ 10.000,00; aquelas com até vinte empregados, R\$ 25.000,00; até cinquenta empregados, R\$ 45.000,00; até cem empregados, R\$ 100.000,00; e empresas com mais de cem empregados devem comprovar capital mínimo de R\$ 250.000,00.

A não exigência dessa comprovação, ou sua exigência em parâmetros inferiores ao legalmente estabelecido, caracteriza negligência presumida da Administração Pública, cabendo ao próprio ente público o ônus de demonstrar que fez tal exigência, uma vez que apenas ele detém os meios para produção dessa prova. Sobre isso, voltaremos a tratar mais adiante.

5.1.3 Não Adoção das Medidas Preventivas da Lei n.º 14.133/2021

A terceira hipótese de presunção de negligência ocorre quando a Administração Pública não adota as medidas previstas no artigo 121, § 3º, da Lei nº 14.133 (Brasil, 2021) (Nova Lei de Licitações) para garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada.

Entre essas medidas incluem-se:

- a) Exigência de caução ou seguro-garantia, em valor proporcional ao risco de inadimplemento;
- b) Condicionamento do pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas;
- c) Depósito de valores em conta vinculada, bloqueada para movimentação e aberta em nome da contratada, destinada exclusivamente ao pagamento de encargos trabalhistas.

A não adoção dessas providências, que têm caráter preventivo e visam justamente a evitar o inadimplemento de obrigações trabalhistas, configura negligência presumida da Administração

Pública. Cabe ao ente público demonstrar que adotou tais medidas, sob pena de responsabilização subsidiária automática.

5.1.4 Verbas Relativas a Condições de Segurança, Higiene e Salubridade

A quarta hipótese refere-se às verbas trabalhistas relativas às condições de segurança, higiene e salubridade, como adicionais de insalubridade e periculosidade, quando o trabalho é realizado em dependências da própria Administração Pública ou em locais expressamente convencionados em contrato.

Nesses casos, presume-se a responsabilidade estatal, uma vez que as condições de trabalho estão sob controle direto ou indireto do ente público, que tem o dever legal de assegurar ambiente de trabalho adequado, inclusive para os trabalhadores terceirizados que prestam serviços em suas dependências.

No tocante às indenizações por acidente de trabalho ocorrido em suas dependências, a responsabilidade da Administração é solidária, nos termos do art. 942 do Código Civil (Brasil, 2002), em razão do elevado grau de responsabilidade que recai sobre o ente público na preservação da integridade física dos trabalhadores que atuam em suas instalações. Além do mais, reforça-se que a tese do Tema 326 expressamente consagrou a possibilidade de responsabilidade solidária da Administração, que se aplica no caso em questão.

5.2 Necessidade de comprovação do comportamento negligente

Fora das hipóteses de presunção de negligência, a responsabilização da Administração Pública pelos débitos trabalhistas da empresa contratada depende da comprovação cumulativa da ocorrência das seguintes situações: a efetiva

existência de comportamento negligente por parte do ente público e o nexo de causalidade entre essa negligência e o dano sofrido pelo trabalhador.

5.2.1 Comprovação do Comportamento Negligente

A caracterização da negligência, nos casos em que não há presunção, depende da análise circunstanciada dos elementos probatórios constantes nos autos. A negligência pode se manifestar tanto por comportamentos omissivos quanto comissivos da Administração Pública, que demonstrem falha no dever de fiscalização do contrato administrativo.

Entre as condutas que podem caracterizar negligência, destacam-se:

- a) Ausência de acompanhamento periódico da execução contratual;
- b) Não verificação do cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada;
- c) Omissão na aplicação de sanções contratuais diante de descumprimentos;
- d) Continuidade da contratação mesmo após verificadas irregularidades graves;
- e) Não exigência de documentação comprobatória da regularidade trabalhista nos pagamentos periódicos.

A negligência deve ser aferida a partir da análise dos documentos constantes nos autos, independentemente de quem tenha produzido a prova. Assim, eventuais documentos apresentados pela própria Administração Pública que demonstrem falhas na fiscalização podem ser utilizados para caracterizar sua responsabilidade.

5.2.2 Demonstração do Nexo de Causalidade

Além da comprovação do comportamento negligente, a responsabilidade será da Administração quando houver nexo de causalidade entre a conduta omissiva ou comissiva da Administração Pública e o dano sofrido pelo trabalhador, representado pelo inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa contratada. Isso pode se dar, por exemplo, com o não pagamento rescisório, quando o contrato do trabalhador se encerra, mas remanesce o contrato entre a empregadora dele e a Administração Pública. Parece evidente que, em tais casos, a cessação do contrato do trabalhador é de conhecimento do tomador de serviços, pois ele não mais lhe prestará serviços, de maneira que a ausência de quitação rescisória é um indicativo da sua negligência.

O nexo causal deve ser demonstrado a partir da apreciação dos elementos probatórios, sem que haja restrição quanto à origem da prova. É necessário evidenciar que a falha na fiscalização contribuiu de forma relevante para o inadimplemento das obrigações trabalhistas, havendo relação direta entre a negligência estatal e o dano experimentado pelo trabalhador.

Não se exige, contudo, que a negligência seja a causa exclusiva do dano, bastando que seja uma causa concorrente relevante. Assim, mesmo em cenários em que a empresa contratada enfrenta dificuldades financeiras por razões diversas, a falta de fiscalização adequada pela Administração Pública pode configurar concausa suficiente para justificar sua responsabilização subsidiária.

5.3 Aspectos processuais

A decisão do STF no Tema 1.118 também trouxe algumas definições quanto aos aspectos processuais relacionados à

responsabilização da Administração Pública, especialmente no que se refere à distribuição do ônus da prova e à valoração dos elementos probatórios. Há uma nítida distorção do papel constitucional do STF, pois toda a discussão que cercou essa temática está no plano infraconstitucional, o que, se sabe, não está ao alcance do Supremo. As regras que foram analisadas, como se verá, são regras processuais, e que não estão previstas na Constituição, e para as quais não houve questionamento sobre eventual incompatibilidade com o texto maior.

5.3.1 Ônus da Prova e sua distribuição

Como regra geral, segundo a tese fixada, cabe à parte autora (trabalhador) o ônus de demonstrar a negligência da Administração Pública na fiscalização do contrato administrativo, exceto nas hipóteses de presunção já analisadas. Esse ônus decorre da aplicação do princípio geral de que o autor deve provar os fatos constitutivos de seu direito, conforme previsto no art. 818, I, da Consolidação das Leis do Trabalho (Brasil, 2017). Com o devido respeito, trata-se de uma leitura equivocada das regras de distribuição dos ônus probatórios no processo. Com efeito, a fiscalização não é fato constitutivo do direito do reclamante. A existência de uma fiscalização rigorosa é fato que só pode ser alegado pela Administração; portanto, constitui fato obstativo do direito do autor, o que atrai a incidência do inciso II do art. 818, da CLT (Brasil, 2017). Isso, aliás, é que determina que as situações constantes dos itens 3 e 4 da Tese aprovada devem ser consideradas de ônus da Administração Pública, porque são deveres que ela tem de demonstrar haver cumprido e, ainda, considerando-se que a diretriz sobre o ônus probatório está apenas no item 1 da Tese.

Do modo como a tese foi construída, ela atribuiu ao reclamante provar um **fato negativo**, ou seja, algo que não aconteceu, e que nem tem a ver com sua conduta. Trata-se, classicamente, da

chamada **prova diabólica**. Porém, lamentavelmente, essa foi a tese que prevaleceu, e que apresenta seu já citado traço vinculante, ainda que residindo sobre uma visão equivocada.

Contudo, o reconhecimento da responsabilidade não é obstado caso a prova seja produzida pelos próprios reclamados, incluindo a Administração Pública. Isso porque o art. 371 do Código de Processo Civil (Brasil, 2015), aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, permite ao juiz apreciar o conjunto probatório independentemente de quem o tenha produzido. Assim, se a prova da negligência foi produzida pelos reclamados na ação trabalhista, ela poderá e deverá ser considerada, mesmo porque, no momento do julgamento, não faz diferença de onde a prova surgiu, a não ser para sua valoração.

A decisão do STF também afasta expressamente a possibilidade de **inversão automática do ônus da prova** como fundamento exclusivo para a responsabilização estatal. Isso significa que a mera dificuldade do trabalhador em produzir prova da negligência não autoriza, por si só, a atribuição automática de responsabilidade à Administração Pública. Permitimo-nos, aqui, apontar mais um equívoco conceitual dessa decisão, já que não existe, a nosso ver, a chamada **inversão do ônus da prova**. Em que pese a expressão até aparecer no Código de Defesa do Consumidor, ela não possui apuro técnico, pois o ônus probatório é atribuído previamente pela lei. O que a norma permite ao julgador é atribuir o ônus de forma diversa daquela preconizada no texto, mediante determinadas condições que devem, inclusive, ser definidas previamente. Portanto, não se trata de **inversão**, mas de aplicação do ônus da prova de acordo com as circunstâncias.

Nesse sentido, tem-se que é possível a aplicação do critério da distribuição dinâmica do ônus da prova, previsto no art. 818, § 1º, da CLT (Brasil, 2017), que permite ao juiz atribuir o ônus probatório à parte que tiver melhores condições de produzi-lo.

Note-se que isso não foi vedado pela tese do Tema 1.118, mesmo porque está dentro dos poderes do magistrado. Essa regra é especialmente relevante em contextos em que a Administração Pública detém informações e documentos essenciais à comprovação da fiscalização contratual, aos quais o trabalhador não teria acesso, o que representa efetivamente a regra nesses casos.

Dito isso, tem-se que certas circunstâncias autorizam que o juiz atribua a carga probatória de modo distinto daquele previsto em lei. Claro que, ao fazer isso, deve adotar os preceitos dos demais parágrafos do art. 818, porquanto se trata de regra procedimental: o juiz deve definir isso antes do início da instrução, de maneira fundamentada, e permitir que a prova seja produzida pela parte.

A caracterização da negligência e do nexo de causalidade deve resultar da análise criteriosa do conjunto probatório, sem vinculação a formalidades excessivas. O juiz deve valorar as provas de acordo com seu livre convencimento motivado, atentando para a realidade fática que emerge dos autos.

Destaca-se que não há necessidade de produção de prova nos casos em que a Administração Pública promover a confissão real ou ficta, nos termos do art. 374 do Código de Processo Civil (Brasil, 2015). A confissão real ocorre quando o ente público expressamente reconhece sua negligência na fiscalização do contrato, enquanto a confissão ficta deriva da não contestação específica das alegações de negligência.

Além disso, a aplicação dos efeitos da confissão ficta, decorrente da ausência injustificada da Administração Pública em audiência para depoimento pessoal, também pode ser fundamento suficiente para o reconhecimento de sua responsabilidade subsidiária, dispensando a produção de provas adicionais, assim como nos casos em que não há sequer apresentação de contestação pelo Poder Público.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, o que desborda dessa decisão é que procurou-se dificultar a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública nos casos de terceirização, o que nos parece injustificado. A princípio, pode-se imaginar que exista uma preocupação estrutural com a preservação dos recursos públicos, mas não parece ser esse o verdadeiro propósito. Em primeiro lugar, a verdadeira proteção ao patrimônio público deveria ser iniciada pela total vedação à terceirização pela Administração, considerando o caráter dos serviços realizados e a necessidade de observância de princípios constitucionais de índole republicana.

De outra parte, a responsabilidade subsidiária nos contratos de terceirização tem como fundamento proteger e preservar os direitos fundamentais dos trabalhadores, assegurando que tenham respeitados seus direitos por aquele que, em última análise, se beneficiou de sua força de trabalho. Não faz nenhum sentido que essa regra seja aplicada de forma impositiva às empresas privadas e não seja aplicada ao Estado, ainda que este não esteja exercendo atividade lucrativa. Destaca-se que a terceirização de serviços públicos é uma escolha do ente estatal, da qual ele deve estar ciente desde o momento em que assim procede.

As dificuldades criadas para que essa responsabilidade atinja a Administração Pública coloca os trabalhadores em uma lamentável situação de precariedade, incompatível com os deveres próprios do Estado Social. Como as empresas de terceirização quase nunca possuem ativos reais que possam garantir efetivamente a solvência de suas obrigações, a tendência é que, em caso de inadimplemento, os trabalhadores fiquem sem receber seus créditos alimentares.

Ao cabo disso, esse cenário tende a sucatear cada vez mais o serviço público, pois a possibilidade de não existir responsabilidade tende a produzir processos de seleção menos rigorosos, com a consequente contratação de empresas inidôneas que, por sua vez, também não se preocuparão em contratar trabalhadores qualificados para a realização dos serviços. Isso, naturalmente, acaba indo em sentido contrário aos interesses da sociedade e enfraquece o papel do Estado.

Mais grave ainda é que a aplicação desse entendimento restritivo também alcance as empresas públicas e sociedades de economia mista. Não se duvida que elas integram o conceito de **Administração Pública**, mas é igualmente sabido que aquelas que exercem atividade econômica estão sujeitas ao “regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (art. 173, § 1º, II, da Constituição) (Brasil, 1988). Da maneira como formulado no Tema 1.118, essas entidades passam a ter um privilégio que não existe para as empresas privadas, o que pode afetar até mesmo sua concorrência.

Espera-se que a jurisprudência encontre caminhos para equilibrar essas relações, buscando formas de imputação da responsabilidade à Administração, sem afastar, naturalmente, o caráter vinculante da tese firmada, mas fazendo valer os preceitos constitucionais, especialmente os relacionados à valorização do trabalho humano.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 41, p. 67-86, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122007000700005>. Acesso em: 23 set. 2025.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho. 7. ed., São Paulo/Campinas: Cortez, Editora da Unicamp, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 03 jun. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=6019&ano=1974&ato=c99gXUU5kenRVT40a>. Acesso em: 29 set. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 03 jun. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

Acesso em: 25 set. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 13.429, de 31 de março de 2017a.** Altera dispositivos da Lei n.º 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. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em:

<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13429&ano=2017&ato=d64gXQU5EeZpWTc21>. Acesso em: 25 set. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 29 set. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017b.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 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. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em:

<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13467&ano=2017&ato=91eUTTU5EeZpWTaca>. Acesso em: 25 set. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=14133&ano=2021&ato=8d4MTTE5UMZpWTf64>. Acesso em: 25 set. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 14.406, de 12 de julho de 2022.** Altera a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, e o Decreto-Lei nº 917, de 8 de outubro de 1969, que dispõe sobre o emprego da aviação agrícola no País, para incluir o uso da aviação agrícola nas diretrizes e políticas governamentais de combate a incêndios florestais. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=14406&ano=2022&ato=b95MzZE5kMZpWT58b>. Acesso em: 01 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC 16.** Aplicação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Relator: Min. Cezar Peluso. Data de publicação DJE 09/09/2011 - ATA Nº 131/2011. DJE nº 173, divulgado em 08/09/2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2497093>. Acesso em: 01 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 324/SP.** Tema de Repercussão Geral nº 1.118. Relator: Min. Nunes Marques. Data de publicação DJE 17/09/2021 - Ata nº 157/2021. DJE nº 186, divulgado em 16/09/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 23 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 760931**. Terceiros 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. Brasília, DF: STF, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=443420>
3. Acesso em: 25 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 958.252/MG**. Tema de Repercussão Geral nº 725. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=495223>
6. Acesso em: 23 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 1298647/SP**. Tema de Repercussão Geral nº 1.118. Relator: Min. Nunes Marques. Brasília, DF: STF, 13 de fevereiro de 2025. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=604863>
4. Acesso em: 23 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 713211**. Administrativo. Ação Civil Pública. Possibilidade de Terceirização E Sua Ilícitude. Controvérsia Sobre a Liberdade de Terceirização. Fixação de Parâmetros para a Identificação do que Representa Atividade-Fim. Art. 5º, II, CRFB/88. Posterior Análise dos Diversos Pedidos de Ingresso no feito na Qualidade de Amicus Curiae. Agravo Provido para

Melhor Exame do Recurso Extraordinário. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 17 de junho de 2015a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=430460>
2. Acesso em: 23 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 791932**. Constitucional e Trabalhista. Nulidade do Acórdão Recorrido por Desrespeito a Cláusula de Reserva de Plenário (CF, Art. 97 e SV 10). Negativa Parcial de Vigência e Eficácia ao Inciso II, do Art. 94 da Lei 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações) por Órgão Fracionário com Base na Súmula 331/TST. Impossibilidade. Licitude de Terceirização de Toda e Qualquer Atividade, Meio ou Fim, Não se Configurando Relação de Emprego entre a Contratante e o Empregado da Contratada (ADPF 324 e RE 958.252). Agravo Conhecido. Recurso Provido. Relator: Min. Alexandre de Moraes. DJE nº 119, divulgado em 19 de junho 2015b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=451793>
7. Acesso em: 23 set. 2025.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução n.º 23/OE, de 17 de dezembro de 1993**. Aprova o Enunciado n. 331 para compor a Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, p. 12, 4 jan. 1994. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/25616>. Acesso em: 29 set. 2025.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução n.º 96, de 11 de setembro de 2000**. Altera o item IV do Enunciado n. 331 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, p. 258, 20 set. 2000. Disponível em:

<https://hdl.handle.net/20.500.12178/4294>. Acesso em: 29 set. 2025.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução n.º 174, de de 24 de maio de 2011**. Edita as súmulas ns 426, 427, 428 e 429; revisa as Súmulas ns 74, 85, 219, 291, 326, 327, 331, 364, 369 e 387; mantém o teor da Súmula n. 102; e cancela a Súmula n. 349 do Tribunal Superior do Trabalho. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: [caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 739, p. 1-20, 30 maio 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/13179>. Acesso em: 01 out. 2025.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n.º 331**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Brasília, DF: TST, 2011. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 25 set. 2025.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *In*: SILVA, Alessandro da, et al. (coord.). **Direitos humanos**: essência do Direito do Trabalho. São Paulo : LTr, 2007, p. 86.

GORENDER, Jacob. **O escravismo colonial**. São Paulo: Ática, 1978.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAGO, Luiz Aranha Correia do. **Da escravidão ao trabalho livre**: Brasil, 1550-1900. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

POCHMANN, Marcio. **Debates contemporâneos, economia social e do trabalho**: a superterceirização do trabalho. São Paulo : LTr, 2012, p. 54.

PORTO, Noêmia. **O trabalho como categoria constitucional de inclusão**. São Paulo : LTr, 2013.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo. Instituições jurídicas e terceirização: os fundamentos das decisões judiciais e sua compatibilidade com a Constituição. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1a. Região**, Rio de Janeiro, n. 56, v. 25, jul./dez. 2014, p. 64.