

A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO TRABALHADOR NO PROCESSO: O ÔNUS PROBATÓRIO NA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

Diogo Palau Flores dos Santos

67

Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP; mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; professor do Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB; advogado da União.

Sumário: 1. Introdução: síntese sobre terceirização e os direitos do trabalhador. 2. Análise da culpa da Administração Pública na responsabilidade subsidiária. 3. Aferição do ônus probatório da culpa. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. Introdução: síntese sobre terceirização e os direitos do trabalhador

Sabe-se que a ideia da terceirização tem como pressuposto identificar tarefas principais de uma determinada organização e, a partir de então, relegar a outras organizações atividades que não estariam inseridas naquele contexto. A perspectiva é, portanto, de enfoque em atividades que poderiam ser identificadas com a competência essencial da organização, não sendo incomum, falar-se em “focalização” quando se trata do tema da terceirização, pois um tema não pode ser dissociado do outro. Trata-se, em suma, de uma opção estratégica entre o “fazer” e o “comprar”¹¹⁹, relativamente às funções que seriam precípuas da organização.

Não é por outra razão que Lei 13.429, de 31 de março de 2017 (oriundo dos Projetos de Lei 30/2015 do Senado Federal e 4330/2004 da Câmara dos Deputados) prevê textualmente no art. 2º, I, como terceirização “a transferência feita pela contratante da execução de parcela de *qualquer de suas atividades* à contratada para que esta a realize

¹¹⁹ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela administração pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. 2 ed São Paulo: Saraiva, 2014 (série IDP), pp. 19-20.

na forma prevista nesta Lei” (grifos não contidos no original), representando uma característica da formatação organizacional contemporânea.

Com efeito, hodiernamente não se questiona como outrora a respeito de atividades típica ou atipicamente desempenhadas pela organização, no sentido de se divisar o que se convencionou a chamar de atividades-fim e atividades-meio. As organizações contemporâneas desempenham variadas formas de atividades que se torna praticamente impossível se estabelecer *a priori* qual seria sua atividade-fim; a variabilidade é tão elástica conforme as contingências de mercado, cada vez mais exigente em relação à necessária adaptabilidade em termos competitivos. Dessa forma, torna-se totalmente contraproducente se estabelecer uma determinada atividade para uma organização que não possa ser alterada no futuro. Assim, qualquer forma de intervenção estatal (seja normativa ou não) nesse sentido, ou seja, de determinar que ramo de atividade econômica deva ser desempenhada por uma organização, poderia representar invasão indevida na livre iniciativa, com repercussões sérias no regime de concorrência de mercado, o que, como se sabe, afeta diretamente toda a coletividade, principalmente os consumidores.

Deve-se ressaltar que a afirmação acima não está a afirmar que não se possa normatizar determinada atividade econômica, pois por vezes, a depender da forma como ela repercute na sociedade, é natural se estabelecer regramentos evitando minorar prejuízos ou riscos à segurança ou saúde públicas ou estabelecer critérios de manutenção ou incentivo à concorrência; o que se quis pontuar no parágrafo anterior é que a intervenção do Estado em procurar definir quais as atividades que determinada organização pode desempenhar deve ser sempre vista com bastante cautela, ou seja, por exceção, de modo a não se configurar um dirigismo econômico nocivo à livre iniciativa.

Essa opção estratégica também é identificada pelos órgãos da Administração Direta e Indireta, considerando que se deve ter sempre presente a necessidade de técnicas gerencias de organização que possam otimizar os atos administrativos de forma geral, considerando o princípio da eficiência que deve pautar esses mesmos atos da Administração.

Portanto, as premissas de se decidir terceirizar também são aplicáveis às organizações públicas, com a ressalva que não se está a considerar do ponto de vista da contratação em si qualquer regime de concorrência, mas sim critérios outros relacionados

à concepção de Administração Pública gerencial¹²⁰. Afirma-se que a perspectiva é diferenciada em relação à contratação, mas isso não significa que não haja relação de concorrência entre os contratados; na verdade, exige-se a existência de um mercado de possíveis contratados de modo a se permitir atingir a eficiência que se espera do contrato administrativo.

Deve-se ressaltar, contudo, que a eficiência não deve ser entendida somente com a simples redução dos custos diretos da contratação, que poderiam ser identificados com os “custos de produção”, mas sim com a otimização de todos os fatores circunscritos ao processo de tomada de decisão, portanto, relacionados mais aos “custos de transação”. Em que pese não com as mesmas palavras, são próximas a essa argumentação as lições de Diogo Figueiredo Moreira Neto ao falar do Paradigma da Eficiência do Estado:

Não mais, tampouco, aceita como simplesmente referida à eficiência econômica, entendida como o incremento da produção de bens e serviços, com redução de insumos e aumento de lucros, mas, com outra e mais ampla percepção, como a que produz um *complexo de resultados em benefício da sociedade* – portanto, uma *eficiência socioeconômica* – um conceito híbrido, que consiste em produzir bens e serviços de melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com os menores custos para a sociedade, para efetivamente atender a suas necessidades cada vez mais demandantes.¹²¹ (grifos contidos no original)

Com efeito, ao se considerar que a eficiência deva repercutir não somente pela perspectiva interna da Administração Pública, mas de modo a mitigar os impactos nocivos à sociedade, as decisões dos gestores públicos tornam-se cada vez mais complexas, porquanto estará presente a necessidade de sopesar as variáveis presentes. A decisão de terceirizar está inserida nesse contexto, pois há um direcionamento normativo para que a Administração Pública relegue determinadas atividades a outras organizações.

¹²⁰ Conforme esclarece Ronny Charles e Fernando Baltar Neto: “Administração pública gerencial: Ela teria surgido na segunda metade do século XX, como resposta à expansão da atuação estatal, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização, que expuseram problemas relacionados à eficiência administrativa, fortalecendo a concepção de que é necessária a redução de custos estatais, priorizando o resultado, ao invés da lógica burocrática que prioriza a forma. [...] Não basta que a administração pública evite o nepotismo e a corrupção, ela precisa buscar **eficiência** em sua atuação.” (NETO, Fernando Ferreira Baltar, e TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito Administrativo*. Coleção Sinopses para Concursos. 5 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2015, p. 44) (grifos contidos no original).

¹²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008, p. 103.

Nesse sentido, ao longo da evolução legislativa de contratos administrativos no Brasil, pode-se identificar uma série de instrumentos que tentaram por em relevo, ainda que não expressamente, a perspectiva de “focalização” dos órgãos da Administração Pública, como o Decreto-Lei 200/67, em seu art. 10, §7º¹²², a Lei nº 5.645/70 (art. 3º, parágrafo único)¹²³, a Lei nº 7.102/83 (§2º do art. 10, conforme redação da Lei nº 8.863/94)¹²⁴, a Lei nº 8.666/90 (arts. 6º e 10)¹²⁵, o Decreto nº 2.271/97 (art. 1º, §§ 2º e 3º)¹²⁶ e a Instrução Normativa n. 2, de 30 de abril de 2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (art. 8º)¹²⁷.

¹²² “Art. 10 [...] § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

¹²³ “Art. 3º [...] Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.”

¹²⁴ “Art. 10 [...] § 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas.”

¹²⁵ “Art. 6º Para os fins desta lei, considera-se: [...] VIII Execução indireta a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

Art. 10 As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas: I - Execução direta; II - Execução indireta, nos seguintes regimes:”

¹²⁶ “Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

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

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

¹²⁷ “Art. 8º Poderá ser admitida a alocação de função de apoio administrativo, desde que todas as tarefas a serem executadas estejam previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, admitindo-se pela administração, em relação a pessoa encarregada da função, a notificação direta para a execução das tarefas previamente definidas.”

Obviamente que se poderia colocar em dúvida essa evolução normativa tendo como paradigma a eficiência administrativa nos termos dantes referidos, contudo, deve-se ter presente que ainda é norteador dos atos administrativos o princípio da legalidade, até como instrumento de controle social, representando em última instância a legitimidade administrativa do Estado. Dessa forma, a determinação para que haja contratação externa a determinadas atividades pela Administração Pública deve ser vislumbrada como uma tentativa de se buscar tanto a legitimidade do Estado quanto de sua eficiência.

Em contraponto a essa perspectiva, que teoricamente não teria evoluído na mesma velocidade, é o entendimento de que a jurisprudência trabalhista no Brasil sempre analisou a terceirização com reservas, considerando alguns casos que foram submetidos a sua apreciação e que representavam na verdade uma tentativa de redução de direitos do trabalhador. Não é por outro motivo que começaram a despontar pesquisas acadêmicas que procuraram identificar a terceirização de serviços dentro do contexto da denominada “precarização das relações do trabalho”¹²⁸. Contudo, deve-se ter presente que as tentativas de se diminuir ou até mesmo aniquilar direitos do trabalhador podem ocorrer em qualquer etapa da cadeia produtiva e em qualquer formato ou estrutura organizacional, não somente em relação aos casos de terceirização de serviços.

Com efeito, as condições degradantes que são submetidos vários trabalhadores brasileiros fez com que se estabelecesse uma percepção negativa do processo de terceirização seja em relação às organizações públicas ou não, porquanto a prática forense revelava que os empregadores utilizavam a opção organizacional como um instrumento de redução de custos diretos, que por sua vez representava na redução dos direitos do trabalhador. Ocorre que, conforme se demonstrou acima, as razões que deveriam levar uma tomada de decisão a terceirizar não deveria ser simplória a esse aspecto, mas sim deveria envolver todo o plexo de variáveis relacionadas à atividade, seja no tocante à concorrência de mercado (falando-se mais especificamente à iniciativa privada) seja em relação à eficiência administrativa (considerando-se a Administração Pública). Perceba-se que a terceirização pode inclusive representar aumento dos custos diretos de contratação (inclusive é a normalidade de um processo correto de terceirização), isso

¹²⁸ A título de exemplificação de estudos que procuram identificar a “precarização das relações” do trabalho com a terceirização, *vide* a relação constante em SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela administração pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. 2 ed São Paulo: Saraiva, 2014 (série IDP), p. 170.

torna-se relativamente evidente ao se comparar a contratação de uma organização para desempenhar determinada atividade ao invés de se estabelecer um certame público para contratação de pessoal (concurso público). Ocorre que se a análise for relacionada somente a esse aspecto se estaria a utilizar como referência os custos de produção e não os custos de transação, que envolve uma análise mais complexa que perpassa inclusive com os custos de fiscalização, investimento e reutilização de ativos específicos e ambiente negocial.

Portanto, a jurisprudência trabalhista ao encarar o processo de terceirização com “preconceito” não se revela de todo trivial, porquanto em verdade muitos dos casos que são submetidos à apreciação jurisdicional revelam antes uma nítida tentativa de redução de custos imediatos (portanto, de produção) com reflexos nocivos ao trabalhador. Contudo, essa “pré-compreensão” atinge de forma negativa toda e qualquer formatação organizacional que fuja do padrão clássico típico da relação de emprego, inclusive a terceirização. Ocorre que, se bem percebido o fenômeno da terceirização, percebe-se que ela simplesmente se relaciona com os aspectos aqui já referidos, e não somente com a redução dos custos de produção; toda e qualquer discussão que aponte os benefícios ou prejuízos advindos da terceirização que se relacione exclusivamente à redução de custos imediatos estará fadada a inocuidade por duas razões: 1ª) a terceirização é um processo organizacional muito mais complexo que não se relaciona somente à redução de custos imediatos (aliás, conforme se observou acima, esse aspecto pode até ser elevado, o que é comum); 2ª) caso se insista nessa perspectiva errônea, não há outra alternativa do que se repelir toda e qualquer contratação que tenha por objeto o simples prejuízo do trabalhador.

Não é por outra razão que se verifica de forma salutar o disposto no mesmo Projeto de Lei 30/2015 (oriundo do PL 4330/2004 da Câmara dos Deputados) ao referir que se presentes os elementos da relação de emprego não se estará presente a terceirização:

Art. 4º É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, **exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** (grifou-se)

Portanto, dentro desse cenário, deve ser frisado que a terceirização não é um mal em si, mas simples estratégia organizacional que envolve diversos fatores condizentes à tomada de decisão, onde a melhor abordagem se relaciona à consideração dos custos de transação. Contudo, a permanecer o panorama atual do entendimento rigoroso da jurisprudência brasileira, coloca-se em risco as opções estratégicas de se terceirizar, seja pela iniciativa privada ou pública. É o que se percebe claramente do entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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.

A atual redação do entendimento sumular foi conferida pela Resolução nº 174/2011 do TST, em face do julgamento proferido no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) em face da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16 que questionava a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei nº 8.666/90, que textualmente isenta de responsabilidade o tomador de serviços¹²⁹⁻¹³⁰. Como se pode perceber, em que

¹²⁹ “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

¹³⁰ Ementa de julgamento da ADC/16: “RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e

pese o julgamento do STF a respeito da constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/90, o fato é que, diante da nova redação da Súmula nº 331, ainda permanece a responsabilidade subsidiária da Administração Pública enquanto tomadora de serviços terceirizados.

O que se procura analisar nas linhas seguintes é o limite da responsabilização do tomador de serviços, considerando que entendimento do TST pressupõe atualmente a conduta culposa da Administração Pública.

2. Análise da culpa da Administração Pública na responsabilidade subsidiária

Conforme já ressaltado, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido consubstanciado na ADC nº 16 proposta pelo Governador do Distrito Federal, conforme a seguinte ementa:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência contratual 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, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita art. 71, §1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

Durante o julgamento houve grandes debates a respeito do tema. Primeiramente pelo argumento da ausência de controvérsia suficiente a ensejar a admissibilidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade – tese adotada pelo Ministro Cezar Peluso. Felizmente, graças à experiência do Ministro Marco Aurélio – eis que egresso do Tribunal Superior do Trabalho -, foi conhecida a ação e teve o seu mérito analisado pelos integrantes da Corte. E de fato não poderia ser diferente, considerando que havia séria controvérsia a respeito da constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações, porquanto

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.”

na prática a Justiça do Trabalho ignorava frontalmente o seu teor¹³¹.

Quanto ao mérito em si, a respeito da constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações, o STF entendera compatível referido dispositivo com a Constituição.

Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia:

A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo do agente público que aja nesse qualidade

Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, §1º da Lei 8.666/93. Nesse dispositivo, o ‘dano’ considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público

Perceba-se que essa linha de argumentação significa afirmar que o dispositivo legal estaria correto e não se poderia falar em responsabilidade da Administração Pública com base na teoria da responsabilidade objetiva, conforme parte da jurisprudência estava a se manifestar

Contudo, verifica-se uma mudança de enfoque que norteou a novel redação da Súmula nº 331 do TST, que pode ser claramente percebida pela seguinte passagem do Voto da Ministra Cármen Lúcia:

26. Por outro lado, não se pode acolher o argumento, muitas vezes repetido nas peças apresentadas pelos *amici curiae* desta ação, de que “a Administração Pública não tem meio de evitar o inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas”.

Desde o processo licitatório, a entidade pública contratante deve exigir o cumprimento das condições de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal) e fiscalizá-las na execução do contrato.

[...] Todavia, é inegável que, em atenção ao princípio da legalidade, a Administração Pública não pode anuir com o não cumprimento de deveres por entes por ela contratados, do que dá notícia legal a norma agora posta em questão.

Diante desse entendimento, que parece ter sido acolhido pela maioria dos membros da Corte Excelso, o TST mudou a redação da Súmula 331 para incluir o seguinte texto:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso

¹³¹ Sobre a existência de controvérsia, *vide* o voto da Ministra Carmen Lúcia, especialmente às fls. 10 e 11 do Acórdão da ADC n. 16/DF.

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** (grifou-se)

Outro ponto digno de destaque no Voto da mesma Ministra, é a seguinte passagem:

Contudo, eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Principalmente, se tanto ocorrer, isso não se insere no campo da inconstitucionalidade do dispositivo em causa.

76

Referido entendimento corresponde à percepção correta de não se admitir assunção automática da responsabilidade sem analisar o caso concreto, porquanto os argumentos corriqueiros na Justiça do Trabalho imputavam a culpa da Administração pelo simples fato de haver alguma demanda judicial em curso. Com esse entendimento do STF, o TST se viu obrigado a também revisar o texto da Súmula n. 331, especificamente a parte final do item V, nos seguintes termos:

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.** (grifou-se)

Portanto, considerando o julgamento do STF e a nova redação da Súmula n. 331 do TST, tem-se a seguinte situação:

- a) Haverá a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, em que pese a redação do art. 71, §1º, da Lei de Licitações isentá-la;
- b) Contudo, a responsabilidade somente será possível quando houver culpa comprovada da Administração em não fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços, evidenciando se tratar de responsabilidade subjetiva; e
- c) A análise de culpa da Administração somente pode ocorrer em cada caso; somente a situação concreta dos autos é que poderá atestar a responsabilidade subjetiva.

A primeira questão que se coloca é: que elementos são comprobatórios de culpa

da Administração? Embora o sistema jurídico-processual não adote um sistema tarifado de provas, o que induziria à conclusão de que qualquer elemento poderia ser utilizado, alguns indicativos podem ser utilizados, como é o caso da IN n. 02/2008 e da própria Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93).

Com efeito, de acordo com o art. 19 da IN n. 02/2008, para a contratação de serviços contínuos deve-se conter no edital de licitação:

a) o modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços a ser preenchido pelas empresas proponentes com as informações necessárias à composição do preço do contrato, indicando a quantidade de empregados necessários à execução do contrato e todos os dados complementares para o cálculo do custo desta mão de obra, com valores unitários por empregado relativos a salário, gratificação natalina, férias, adicionais, transporte, alimentação, uniformes, assistência médica, treinamentos e todos os demais direitos previstos em acordos e convenções coletivas, conforme modelo previsto no Anexo III da referida IN (inciso III);

b) a indicação dos acordos ou convenções coletivas que regem as categorias profissionais vinculadas à execução do serviço por ocasião da proposta (inciso IX);

c) a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referente à mão de obra utilizada, quando da contratação de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra (inciso XVIII); e

d) a garantia, com validade de 3 (três) meses após o término da vigência contratual, com a previsão expressa de que esta garantia somente será liberada ante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e que caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para o pagamento dessas verbas trabalhistas diretamente pela Administração, conforme estabelecido no art. 19-A, IV, da IN (inciso XIX).

É possível que se tenha no Edital da licitação também a previsão da “Conta Vinculada”, prevista no art. 19-A da IN/SLTI n. 02/2008, que estipula o provisionamento e a retenção de valores relativos ao preço do contrato, para o pagamento direto de remuneração de férias, gratificação natalina, verbas rescisórias e depósitos de FGTS dos empregados da empresa terceirizada, assim como para efetuar descontos nas faturas e realizar o pagamento direto de quaisquer direitos trabalhistas que vierem a ser

inadimplidos pela empresa contratada¹³². Embora não seja obrigatória tal previsão, considerando a prática forense, referida conta revela-se muito útil ao gestor público.

Perceba-se que estipulação semelhante é encontrada no art. 9º do Projeto de Lei 30/2015 (oriundo do PL 4330/2004 da Câmara dos Deputados):

Art. 9º Os contratos relativos a serviços continuados podem prever que os valores provisionados para o pagamento de obrigações de natureza trabalhista e previdenciária dos trabalhadores que tenham sua atividade integralmente voltada para a execução do serviço contratado sejam depositados pela contratante em conta vinculada aberta no nome da contratada e em face do contrato, que somente poderá ser movimentada por ordem da contratante.

Parágrafo único. Entendem-se por serviços continuados, para os fins deste artigo, aqueles cuja necessidade de contratação estenda-se por mais de um exercício financeiro e com continuidade.

Obviamente que o Projeto possui uma abrangência limitada à iniciativa privada, mas possui certa correlação à terceirização pela Administração Pública. Da mesma forma, o provisionamento de valores referidos acima ocorre como mais uma garantia do trabalhador do prestador de serviços terceirizados e que pode minorar os efeitos deletérios para o tomador de serviços.

Já na fase de habilitação deve-se exigir das empresas licitantes a comprovação de regularidades fiscal e trabalhista, evidenciada esta pela Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) (Lei nº 8.666/93, arts.27, V, e 29, V, conforme redação dada pela Lei n. 12.440, de 7 de julho de 2011).

De acordo com o art. 44, § 3º, da Lei n 8.666/93, na fase de julgamento das propostas, os preços propostos devem ser compatíveis com o custo dos encargos sociais e trabalhistas, e, caso se verifique alguma inexecutabilidade nas propostas, a Administração Pública poderá adotar diversas providências voltadas a aferir a observância dos direitos e insumos que devem compor o preço do serviço, como a verificação de acordos e convenções coletivas aplicáveis aos trabalhadores da empresa proponente, a consulta ao Ministério do Trabalho e Emprego, bem como a verificação de outros contratos que o proponente mantenha com a Administração ou com a iniciativa privada, para aferir o patamar de suas obrigações trabalhistas.

¹³² Dispositivo semelhante se encontra na Resolução nº 98/09 do Conselho Nacional de Justiça, bem como na Lei Distrital nº 4.636, de 23 de agosto de 2011.

Após a formalização do contrato, de acordo com os arts. 34 e 36 da IN/SLTI n. 02/2008, incumbe à Administração durante a execução do contrato, a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada sejam exigidas comprovações: de regularidade para com o INSS e FGTS; de pagamento de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior; de fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação quando cabível; de pagamento do 13º salário; de concessão de férias e correspondente pagamento de adicional; de realização de exames admissionais, demissionais e periódicos, quando for o caso; de fornecimento de cursos de treinamento e reciclagem exigidos por lei; do cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho, e de cumprimento, enfim, de todas as demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato.

Nesta linha, é de crucial aplicação o disposto no art. 40 da mesma IN 02, corroborado pelo entendimento constante no Parecer Vinculante JT n. 02, de 26 de fevereiro de 2009, que permite a repactuação de contratos administrativos, fazendo face, assim, também a reajustes previstos em convenções e acordos coletivos¹³³⁻¹³⁴.

Revela notar ainda que o art. 36 da IN informa que a Administração, no ato de pagamento da prestação mensal do serviço, exija da empresa a comprovação do pagamento de todas as suas obrigações trabalhistas relativas à fatura anterior, sob pena de retenção do valor da fatura para pagamento direto aos trabalhadores.

Com efeito, processos administrativos que imputem responsabilidade por descumprimento contratual ao prestador de serviços são parâmetros suficientes a ilidir qualquer responsabilização, pois as cláusulas do contrato administrativo estipulam que há a obrigatoriedade do empregador honrar com seus compromissos perante o trabalhador. Assim, diante de notícia ao fiscal do contrato administrativo (conforme previsão do art. 67 da Lei nº 8.666/93), a Administração age no sentido de exigir explicações sobre o

¹³³ Após a aprovação presidencial, nos termos do art. 40, §1º, da Lei Complementar n. 73, de 1993, os entendimentos firmados sobre a matéria no citado opinativo passaram a ser vinculantes para Administração Federal, ficando seus órgãos obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

¹³⁴ “Repactuação como espécie de reajustamento - Termo a quo do prazo de um ano para requerer a repactuação - efeitos financeiros da repactuação - termo final para requerer a repactuação” (DOU, 06.03.2009, Seção 1, página 1)

descumprimento de obrigações trabalhistas, pode-se desencadear apuração de responsabilidade administrativa da organização que presta serviços terceirizados, inclusive a extinção do pacto (conforme art. 78 da Lei nº 8.666/93).

Contudo, isso deve ser analisado com cautela, pois pode ocorrer que o prestador de serviços responda de forma positiva, no sentido de reconhecer que está inadimplente com seus trabalhadores, mas se compromete a sanar a situação. Nesse caso, entende-se que a Administração agiu com zelo no cumprimento de suas obrigações fiscalizatórias, não podendo ser responsável se houve informação equivocada ou até destoadada da realidade por parte do prestador de serviços terceirizados. A imputação de responsabilidade somente seria possível quando a Administração, conhecedora formalmente de uma situação de inadimplência trabalhista, não toma qualquer providência.

Referida consideração tem como base uma discussão que provavelmente entrará no cerne dos debates judiciais que é a perquirição a respeito da natureza da obrigação fiscalizatória da Administração: trata-se de obrigação de meio ou de resultado? Ao se considerar como uma obrigação de meio, qualquer medida que vise evitar o estado de inadimplência do empregador perante seus trabalhadores seria suficiente para afastar a responsabilidade. Por outro lado, ao se adotar a posição como obrigação de resultado, a Administração teria que evitar que qualquer dano ocorresse com o trabalhador, exigindo uma atuação mais incisiva nos contratos de trabalho.

Nesse aspecto, importaria considerar a natureza da obrigação da Administração Pública na execução dos contratos terceirizados, conforme os elementos que se extraem das observações até aqui lançadas.

Com efeito, é corrente a divisão entre obrigações de meio ou de resultado, sendo que as primeiras são identificadas quando se procure atingir algo enquanto nas segundas deve-se atingir o mesmo algo:

Nas “prestações de meios”, a actividade desenvolvida seria, apenas a “prosecução de determinado objetivo”, com diligência, mas independentemente da sua obtenção; nas ‘obrigações de resultados’, o devedor estaria adstrito à “efectiva obtenção do fim pretendido”. Assim, a prestação de serviço do médico, seria, “apenas, de meios”: o médico não deve curar o paciente mas tão só fazer o que cientificamente seja possível, nesse sentido. A prestação do empreiteiro seria, antes, de “resultados”: nesse caso, ela consubstancia a efectiva realização da obra ajustada (CORDEIRO, 1986, p. 358).

Interessa observar que a doutrina clássica¹³⁵ aduz da inutilidade de se falar nesse tipo de classificação de obrigações ao se falar de responsabilidade extracontratual, como seria o caso da responsabilidade subsidiária prevista na Súmula 331 do TST, tendo em vista não se falar em autonomia da vontade nesses casos, e, portanto, mais adequadas às esferas contratuais.

Contudo, considerando que se está a imputar a responsabilidade da Administração Pública pela sua falta de diligência, acaba-se por romper com esse entendimento clássico da doutrina, pois se cria um misto de responsabilidade extracontratual advindo de uma obrigação contratual; portanto, para fins de se poder diagnosticar a diligência do tomador de serviços não há outra alternativa senão a de adentrar naquela classificação.

Dessa forma, a única possibilidade possível de se enquadrar a responsabilidade da Administração Pública seria a que fosse decorrente de uma obrigação de meio. Com efeito, ao considerar como uma obrigação de meio, qualquer medida que vise evitar o estado de inadimplência do empregador perante seus trabalhadores seria suficiente para afastar a responsabilidade. Por outro lado, ao se adotar a posição como obrigação de resultado, a Administração teria que evitar que qualquer dano ocorresse com o trabalhador, exigindo uma atuação mais incisiva nos contratos de trabalho. Ocorre que essa última postura é praticamente irrealizável, pois não há como garantir o pagamento total de todos os direitos que possam ser reivindicados pelos trabalhadores, pois isso seria assumir uma responsabilidade pelo risco integral (responsabilidade objetiva extremada) ao mesmo passo que seria antever uma eventual postulação judicial que não tenha uma base real dos fatos por ocasião do inadimplemento do empregador. Nessa linha de entendimento parece ser o que procurou recomendar o TCU, tendo em vista que afirma a utilização de base estatística para fins de fiscalização das obrigações do prestador de serviços.

Portanto, a adoção da natureza obrigacional como de meio seria a medida mais correta e condizente com o atual entendimento do TST. Contudo, e isso deve ser frisado, a fiscalização meramente formal não poderia ser considerada para tanto, e sim que os atos da Administração são legítimos e que visem aquele resultado, embora, reconheça-se, não

¹³⁵ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. (LIRA, Ricardo Pereira, Coordenador) *Curso de Direito Civil - Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 348.

seja algo possível em muitos casos. O que importa, portanto, seria o *animus* dos agentes públicos envolvidos no sentido de resolver o problema dos trabalhadores terceirizados, mas isso não pode significar na assunção e consequente responsabilidade por todo e qualquer dano ao trabalhador, até porque alguns “danos” ao trabalhador possuem uma nítida dose pessoalidade que seria intransferível ao tomador de serviços, como o assédio moral ou sexual¹³⁶.

Em face desse problema, alguns gestores públicos, mesmo antes do julgamento do STF buscavam alternativas a fim de buscar valer os direitos dos trabalhadores. Por vezes, diante do estado de insolvência dos prestadores de serviços, algumas práticas se tornaram corriqueiras pelos gestores públicos: como a) a assunção total dos serviços, na forma do art. 80 da Lei de Licitações¹³⁷, como pagamento administrativo direto aos trabalhadores (embora possível, as consequências desse tipo de procedimento são temerárias); b) acordos mediados com o Ministério Público do Trabalho ou com as Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego; e c) medidas judiciais de bloqueio e pagamento judicial, ou autorização equivalente.

Na última alternativa citada, deve-se registrar a iniciativa da Advocacia-Geral da União, especialmente por intermédio de sua Procuradoria Regional da União da 1ª Região, no sentido de propositura de ações cautelares e civis públicas, visando evitar qualquer questionamento futuro a respeito de responsabilidade e propiciando, assim, o prevailecimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados.¹³⁸

¹³⁶ Obviamente que se poderia questionar a possibilidade de se houver dado ciência ao gestor público da ocorrência de determinadas situações mas nada se fez para coibir; os exemplos acima trabalham com a hipótese de desconhecimento objetivo do tomador de serviços.

¹³⁷ “Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.”

¹³⁸ A Procuradoria Regional da União da 1ª está localizada em Brasília e é órgão de execução da Procuradoria-Geral da União. Devido ao contato próximo com a administração central do país, é um

Embora medidas como essas sejam uma prova incontestada do *animus* da Administração em fiscalizar e evitar a situação prejudicial aos trabalhadores, o fato é que tais medidas não podem ser taxativas, razão pela qual se entende que um simples procedimento administrativo no sentido de buscar fiscalizar as condições originais do contrato seja suficiente para evitar a responsabilidade, desde que lícito e de boa-fé.

Ademais, a situação é complexa na prática, tendo em vista que a Administração pode condicionar o pagamento ao prestador de serviços por ocasião da apresentação da fatura mensal de serviços; ocorre que tal medida pode acarretar também em não pagamento aos trabalhadores, tendo em vista que haveria a sustação enquanto não houvesse o pagamento¹³⁹. Nessa hipótese, haveria responsabilidade da Administração? Entende-se que neste caso haveria o nexo causal entre o não pagamento ao trabalhador e a conduta da Administração. Ocorre que o pagamento não se realizaria justamente pela fiscalização da Administração. Perceba-se que se está num ciclo de difícil escapatória, daí as iniciativas dos gestores públicos em querer resolver a situação de inadimplência dos trabalhadores por outras formas que não somente a administrativa, como é o caso das medidas judiciais que visem o pagamento direto. Isso tudo, infelizmente, tem aumentado os custos de transação para os contratos de terceirização.

Deve-se considerar que o Tribunal de Contas da União por intermédio da TC-006.156/2011-8, publicara o Acórdão nº 1.214/2013-Plenário tecendo várias recomendações à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, com o fito de aprimorar a fiscalização por parte da Administração Pública para fins de evitar a responsabilidade subsidiária.

Dentre as recomendações constantes no referido julgado, podem-se destacar as seguintes:

ambiente propício a inovações jurídicas e judiciais. A ideia de uma ação civil pública surgiu do período em que estivemos no encargo de Coordenador de Ações Trabalhistas, visto que as ações cautelares ficavam sempre à mercê de uma ação principal, enquanto os trabalhadores tinham que aguardar o desfecho final para o recebimento de seus créditos. Hoje a propositura de ações civis públicas pela União contra os prestadores de serviços terceirizados, sempre por iniciativa dos órgãos tomadores de serviços, é uma rotina naquela Regional, figurando com relativa aceitação no Judiciário do Distrito Federal.

¹³⁹ Ressalte-se que isso é mais corriqueiro do que se imagina, principalmente por problemas de restrição financeira por algum problema fiscal. Obviamente que a questão é exponenciada com débitos trabalhistas.

- 1) prever nos contratos, de forma expressa, que a administração está autorizada a realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas;
- 2) que os valores retidos cautelarmente sejam depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento;
- 3) somente sejam exigidos documentos comprobatórios da realização do pagamento de salários, vale-transporte e auxílio alimentação, por amostragem e a critério da administração;
- 4) seja fixado em contrato como falta grave, caracterizada como falha em sua execução, o não pagamento do salário, do vale-transporte e do auxílio alimentação no dia fixado, que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e da declaração de impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei nº 10.520/2002;
- 5) a fiscalização dos contratos, no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas, deve ser realizada com base em critérios estatísticos, levando-se em consideração falhas que impactem o contrato como um todo e não apenas erros e falhas eventuais no pagamento de alguma vantagem a um determinado empregado; e
- 7) houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais.

Obviamente que o TCU fez diversas recomendações no julgado, além de fazer outras tantas observações mais pormenorizadas a respeito do que se espera da Administração ao terceirizar um serviço continuado.

O primeiro ponto a se registrar é que, diante desse cenário, o modelo de terceirização é rompido absolutamente, pois a decisão não se resumiria mais a “comprar”

ou “fazer”, representando muito mais um “comprar” acrescido de muitos “fazeres”. Referido aspecto sinaliza para um aumento dos custos de transação, tendo em vista as atividades que devem ser desempenhadas pelo gestor público não se resumiriam somente às premissas da Lei 8.666/90. Portanto, o ideal seria que a Administração Pública tivesse condições que pudessem identificar os elementos técnicos para o fim de sopesar a melhor a decisão de contratação, seja hierárquica (concursos) ou vertical (via mercado, portanto, terceirizar). Contudo, isso é uma tarefa complexa pois deve trabalhar com variáveis não rotineiramente pensadas nas esferas de decisão, não podendo simplesmente se adotar o modelo de Planilha de Custos e Formação dos Preços para a prestação de serviços como base decisória. A complexidade das decisões do gestor público (do bom gestor, obviamente) se torna, portanto, ainda mais difícil.

Perceba-se que dentre as recomendações acima referidas encontra-se a possibilidade de pagamento direto dos salários aos trabalhadores terceirizados, bem como dos recolhimentos das respectivas contribuições previdenciárias e ao FGTS.

Existe um grande complicador nesse tipo de solução, porquanto não há como o gestor ter conhecimento real da grande maioria dos contratos de trabalho de seu prestador de serviços (principalmente os com grande trabalhadores e em mais de uma localidade), sendo por essa razão que nas mesmas recomendações à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento encontra-se possibilidade de aferição estatística das falhas contratuais do empregador e não somente de alguns casos pontuais de falta de pagamento. Ocorre que caso o gestor público não identifique na sua aferição estatística qualquer falha, mas por alguma razão ainda persistir a falha contratual-empregatícia do prestador de serviços, ainda assim permaneceria aberta a discussão da responsabilidade da Administração.

Ainda nessa linha, dentre aquelas recomendações, o TCU atesta a possibilidade de se efetuar o pagamento em juízo, tendo em vista a impossibilidade prática de a Administração identificar os detalhes da relação de emprego e suas subsequentes implicações financeiras. Perceba-se que, embora o TCU fale em depósitos judiciais, o simples fato de uma “ação de depósito” ou “consignação” não teria a eficácia que se espera para a solução do problema.

Com efeito, na hipótese de retenção de pagamento e respectivo depósito judicial dos valores que deveriam ser creditados ao prestador de serviços, mas que devido às suas falhas como empregador não ocorrem, entra-se num complicador grave, pois o resultado

inexorável é efetivamente o não pagamento aos trabalhadores terceirizados. Em outras palavras: o simples depósito em juízo pode representar na prática justamente o não pagamento dos trabalhadores. Esse ponto é paradoxal, pois a Administração Pública procurando ser zelosa quanto ao cumprimento de suas obrigações contratuais acaba por ao assim agir ocasionar justamente o prejuízo ao trabalhador: nesse aspecto, pode-se dizer que não se trata de culpa da Administração Pública e sim de dolo mesmo.

Obviamente que não se pode ter somente o depósito em juízo como alternativa para a situação de inadimplência do tomador de serviços. Importaria propiciar um outro mecanismo que procurasse efetivar o pagamento dos trabalhadores diretamente, mas por intermédio do Poder Judiciário. Exemplos dessa iniciativa, conforme acima já referido, são as Ações Cíveis Públicas propostas pela União, por intermédio de sua Advocacia-Geral, que visa, além do bloqueio dos valores (e não depósito) também o pagamento direto aos trabalhadores. Trata-se de uma forma mais eficaz e que acaba por reduzir as possibilidades de ausência de pagamento a algum trabalhador e não se adentra nas questões levantadas acima a respeito da natureza da obrigação (meio ou resultado).

3. Aferição do ônus probatório da culpa

Ao se adotar a noção de responsabilidade subjetiva da obrigação da Administração Pública, entendendo-se que se trata de um tipo de obrigação de meio, conforme acima exposto, questão que se exsurge se relaciona atribuição do ônus probatório.

Como regra geral, é ônus de quem alega a produção de provas para fazer face a sua alegação, conforme o art. 333, I, do CPC (redação semelhante se encontra no art. 818 da CLT). Assim, como eventual pedido de responsabilidade da Administração Pública remontaria a necessidade de comprovação de culpa, incumbiria ao reclamante a produção de prova de culpa da Administração, ou seja, que não teria agido no sentido de fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços. Contudo, uma questão que se coloca de forma automática seria como o reclamante poderia provar a não fiscalização? Como provar que algo não aconteceu? Seria hipótese de “fato negativo”? Seria mais sensato, por essa perspectiva, que a Administração produzisse a sua prova demonstrando que

fiscalizou. Ocorre que também é possível ao empregado demonstrar que provocou a Administração no sentido de comunicar a ocorrência de inadimplemento.

Já se teve a oportunidade de afirmar a respeito da impossibilidade de se teorizar a respeito dessa problemática, considerando que somente o caso concreto é que poderia fornecer os elementos necessários para aferição do ônus probatório: “Portanto, não se tem como teorizar a respeito; somente o caso concreto é que poderá dizer a melhor forma de produção de provas, até porque os casos de reclamantes sem assistência de serviços advocatícios devem ser diferenciados, podendo ser o caso de inversão do ônus da prova à Administração.”¹⁴⁰

Com efeito, já se concebe há muito a respeito da transição de uma teoria estática do ônus probatório para uma dinâmica, sendo que está se refere às reais possibilidades de uma parte produzir a prova, independente de quem alega, conforme sintetiza Jorge W. Peyrano: “En tren de identificar la categoría de las 'cargas probatorias dinamicas', hemos visualizado - entre otras - como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quien - por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada - se encuentre em mejores condiciones para producir la probanza respectiva”¹⁴¹

Assim, de acordo com a distribuição dinâmica da carga probatória, o ônus recairá considerando a necessidade de demonstração do fato, sendo impertinente considerar se alegado pela parte demandante ou demandada; deve-se considerar somente aquele que se encontra em melhores condições de demonstração do fato.

Conforme esclarece Roberto Vázquez Ferreyra:

[...] estas regras de distribución de la carga de probar atienden más que a la condición de actor o demandado, a la naturaleza de los hechos que deben ser probados. Ahora puede decirse que la carga probatoria es compartida, no bastando una actitud meramente passiva del profesional demandado. Este ya no se puede quedar cruzado de brazos pues eso lo llevaría a um resultado seguramente negativo. Ahora el profesional también debe aportar toda sua prueba para demostrar que obró com diligencia, prudencia y pleno conocimiento de las cosas; en una palabra, que obró sin culpa (FERREYRA,

¹⁴⁰ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela administração pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. 2 ed São Paulo: Saraiva, 2014 (série IDP), p. 123.

¹⁴¹ PEYRANO, Jorge W. *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. Las responsabilidades profesionales - Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andorno*. Coord. Augusto M. Morello e outros. La Plata: LEP, 1992. p. 261 et seqs.

1991, p. 110)

Referida teoria já havia sido bastante difundida pela doutrina brasileira e com grande medida também pela jurisprudência, notadamente em relação às demandas envolvendo o direito do consumidor.

A referida teoria fora de fato incorporada pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), no art. 373, §1º:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

§ 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 do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz 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.

Dessa forma, devido às condições do caso concreto, o juiz poderá distribuir o ônus probatório de forma diversa que a prevista nos incisos do art. 373 do novo Código de Processo Civil (atualmente a previsão está nos incisos do art. 333 do Código de Processo Civil), desde que haja dificuldade para uma das partes na comprovação do fato ou que seja de alguma forma mais fácil para a outra.

Portanto, a comprovação de culpa da Administração Pública recairá a quem possua melhores condições de o fazê-lo, o que, na maior parte dos casos não será o trabalhador, considerando que os registros de fiscalização e respectiva documentação referente às eventuais penalidades impostas, ou até mesmo a CNDT estariam na esfera de disponibilidade do gestor público.

Importa revelar, outrossim, que na ausência de acerto preciso da culpa da Administração Pública para fins de imputação de sua responsabilidade, entende-se que o magistrado não poderia utilizar inversão do ônus da prova como critério de julgamento, ainda que fosse adotado o princípio balizador do Direito do Trabalho do *in dubio pro operario*.

Com efeito, referida afirmação encontra esteio no entendimento consolidado do STJ em relação a inversão do ônus da prova nas demandas envolvendo direito do consumidor que deve ser aplicado de forma analógica aos processos trabalhistas, devido a percepção comum fundante de hipossuficiência nos dois ramos do Direito:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).

Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e, 6º, VIII, do CDC.

A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte.

RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011)

A aplicação desse entendimento às lides que perquirem a culpa da Administração para fins de imputação de responsabilidade subsidiária devem ser obviamente aplicadas *mutatis mutandis*, porquanto o essencial não é somente se adotar a inversão como regra de instrução e não de julgamento, mas sim que a parte a qual deva produzir a prova não seja surpreendida, considerando a garantia do contraditório prevista na Constituição brasileira (art. 5º, LIV). Nesse sentido, pontifica Daniel Amorim Assumpção Neves:

Por fim, registre-se que a inversão do ônus da prova no momento da sentença, sem que tenha havido a indicação prévia às partes nesse sentido, somente violará o princípio do contraditório se não for concedido prazo para a parte que recebe o ônus produzir a prova necessária para vencer a demanda. O problema, na realidade, não é a inversão no momento do julgamento, mas o julgamento sem antes ter se dado aviso às partes a respeito da forma de aplicação da regra do ônus da prova (TARTUCE; NEVES, 2015, p. 593)

Dessa forma, pode-se afirmar que: 1) o ônus da prova de que houve culpa da Administração na fiscalização dos contratos administrativos de prestação de serviços recairá a quem possua melhores condições de produção do fato, o que, como de regra,

será a própria tomadora de serviço terceirizados; e 2) a inversão desse ônus não poderá ser utilizada na fase de julgamento, devendo ser o momento correto na fase de instrução processual ou em momento ulterior que propicie a parte requerida o contraditório.

Em relação ao segundo item acima referido, deve-se considerar que a instrução processual nos processos trabalhistas ocorre ordinariamente após a audiência inaugural, o que significa dizer que caso o magistrado admite a inversão do ônus probatório, isso deverá ocorrer antes da instrução. Obviamente que situações há onde somente em momento posterior o magistrado tomará ciência da deficiência de instrução para o julgamento, o que deverá ser reaberta a instrução desde que não se tenha operado a preclusão processual. Com efeito, se o julgador tiver ciência por ocasião da prolação da sentença a deficiência probatória, caso não tenha realizado a inversão do ônus da prova ainda, não poderá fazê-lo em razão do encerramento da instrução, o que inegavelmente redundará em improcedência dos pedidos de condenação da Administração Pública. Nesse aspecto, seria absolutamente ilegítima a técnica de inversão no julgamento, devido a impossibilidade de se garantir às partes da produção de prova.

Deve-se ressaltar que a posição externada no parágrafo acima é fundamentada no que ordinariamente ocorre processualmente, o que não significa que a depender do contexto processual se verifique outras hipóteses de não preclusão processual, como algum vício processual. Seja como for, referida hipótese de reabertura da instrução processual não poderá ocorrer na instância extraordinária (recursos de revista ou recurso extraordinário), considerando a restrição de discussão probatória nessa fase processual. Caso haja a determinação da reabertura da instrução processual nessa fase se estaria a admitir um processo parcial, porquanto estaria evidente a tentativa de benefício ao trabalhador.

4. Conclusões

Conforme já destacado neste trabalho, a terceirização não é um fim em si mesmo; trata-se de uma opção entre o “fazer” e o “comprar” em termos estratégicos e organizacionais. O atual cenário jurisprudencial encara o processo de terceirização como algo nocivo à sociedade, especialmente aos trabalhadores. Contudo, como aqui defendido, não se pode vislumbrar a decisão estratégica sobre essa perspectiva, pois se estaria somente a examinar o fenômeno por um aspecto apenas, aliás o pior deles, que em

grande medida não representa as razões principais pelas quais há a terceirização. Deve-se considerar essas formas de contratação como um instrumento de estratégia competitiva diretamente para a iniciativa privada ou indiretamente para o setor público, porquanto neste o fim perseguido imediatamente não é a competitividade, mas sim a eficiência.

Contudo, o fato é que a jurisprudência brasileira ao encarar o fenômeno decisório de contratação verifica relações negociais com o nítido propósito de burlar direitos do trabalhador, o que acarretou num entendimento de garantia responsabilizadora do tomador de serviços, seja público ou privado. Diante desse cenário é a previsão da redação atual da súmula 331 do TST, ainda que após a decisão do STF em relação à ADC 16/DF, concernente a aplicabilidade do art. 71 da Lei 8.666/90.

Desenvolveu-se acima algumas balizas de modo a aferir a responsabilidade da Administração Pública, levando-se em consideração que o entendimento atual do TST é que se trata de responsabilidade subjetiva do tomador de serviços. Nesse aspecto, procurou-se indicar parâmetros objetivos de modo a se perquirir ou afastar a culpa da Administração. Ainda nessa linha, fez-se comentários a respeito das recomendações do TCU por intermédio do Acórdão nº 1.214/2013-Plenário no sentido de delimitar a natureza obrigacional da Administração Pública por ocasião de aferição de sua eventual culpa. Deve-se reconhecer que isso não é tarefa fácil, tendo em vista que se passa a romper com modelo de terceirização difundido e aplicado como técnica decisória-gerencial.

Em que pese se entenda que o simples *animus* do agente público seria condição suficiente para tentar diagnosticar o zelo da Administração Pública e, portanto, isentá-la de qualquer responsabilidade pela inadimplência do prestador de serviços, o fato é que somente o caso concreto teria condições de dar melhores contornos do diagnóstico da culpa. Provavelmente a solução mais efetiva, principalmente em grandes contratos com um número elevado de trabalhadores, seja sair da solução meramente administrativa e buscar a alternativa judicial, pois, nesse caso, saindo de uma posição passiva para uma proativa, ao menos ficaria incontestado o *animus* do agente público em querer garantir os direitos dos trabalhadores terceirizados. Nesse aspecto, são louváveis de zelo do erário público e dos direitos dos trabalhadores as medidas judiciais adotadas pela Advocacia-Geral da União, conforme acima referido.

Deve-se, por fim, considerar que a instrução processual probatória em processos que visam atribuir a responsabilidade à Administração Pública como tomadora de serviços terceirizáveis não é tarefa simples. Aqui se defendeu que se deve considerar a

distribuição dinâmica da carga probatória, acolhida pelo novo Código de Processo Civil no art. 373, §1º, o que levaria a prova do fato (ausência ou presença de fiscalização) a quem tenha melhores condições ou esteja em situação de o fazê-lo. Contudo, ressalte-se, eventual inversão probatória somente se perfaz legítima em situações que possibilitem a outra parte a ciência e a contraposição em face do ato processual, em respeito ao devido processo legal, o que, em maior ou menor medida, pode restar prejudicada a depender da fase e instância processual em que esteja pendente a demanda.

Há que se reconhecer que esse panorama surgira de forma inesperada em vários processos, sendo uma realidade interpretativa diferenciada ao que ordinariamente ocorria nos processos que vindicavam a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, porquanto em muitos casos se entendera a responsabilidade objetiva (próximo do risco integral), restando desnecessária a instrução probatória. Nesses casos, onde não houve instrução probatória, para que seja condizente com o novel entendimento, não haveria outra alternativa que não a improcedência dos pedidos, como uma forma de se manter a coerência com o que restara consolidado com o entendimento do STF e do TST.

Referências

BRASIL, Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 02**, de 30 de abril de 2008 (Versão compilada da Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008 alterada pela Instrução Normativa 03, de 16 de outubro de 2009, Instrução Normativa 04 de 11 de novembro de 2009, Instrução Normativa 05 de 18 de dezembro de 2009 e Instrução Normativa 06 de 23 de dezembro de 2013). Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br>> acesso em: 14 de agosto de 2015.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei 30, de 28 de abril de 2015**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> acesso em: 14 de agosto de 2015.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **TC-006.156/2011-8**, Acórdão nº 1.214/2013-Plenário. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>> acesso em: 07 de abril de 2014.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito das obrigações**. v.1. (Reimpressão). Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.

FERREYRA, Roberto Vázquez. **Prueba de la culpa médica**. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. (LIRA, Ricardo Pereira, Coordenador) **Curso de Direito Civil - Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo. **Coleção Sinopses para Concursos**. 5 ed. Salvador: Juspodvm, 2015.

PEYRANO, Jorge W. **Aspectos procesales de la responsabilidad profesional**. Las responsabilidades profesionales - Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andorno. Coord. Augusto M. Morello e outros. La Plata: LEP, 1992.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela administração pública**: estudo da responsabilidade subsidiária. 2 ed São Paulo: Saraiva, 2014 (série IDP).

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: Direito Material e Processual. 4 ed Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2015.