

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO III

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-166-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito do trabalho. 3. Meio ambiente do trabalho. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO III

Apresentação

Frutos de estudos aprovados para o II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 02 a 08 de dezembro de 2020, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema “Direito, Pandemia e Transformação Digital: novos tempos, novos desafios?”.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho "Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho III" pudemos testemunhar relevante espaço voltado a disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao direito do trabalho, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Diante de um ano pandêmico, foram apresentados inicialmente os artigos “Pandemia do coronavírus e as medidas adotadas no mundo do trabalho pelo estado: a Lei 14.020/2020 e a suspensão temporária dos contratos de trabalho”; “O pedido de alvará para a liberação do FGTS em procedimento de jurisdição voluntária trabalhista. calamidade pública pela COVID-19”; “Pandemia, responsabilidade civil e direito à saúde do trabalhador de plataformas digitais: uma reflexão a partir da concepção de irresponsabilidade organizada na Teoria da Sociedade do Risco”; “Atividades essenciais no contexto da pandemia da COVID-19 e a centralidade do trabalho digno” e “A necessidade da proteção jurídica aos trabalhadores por aplicativos durante a pandemia da COVID-19”.

Em seguida vislumbramos os seguintes estudos: “Teletrabalho - desafios e benefícios futuros”; “O trabalho análogo ao escravo na cadeia produtiva regional do açaí: uma análise acerca das relações e das condições de trabalho na cadeia de valor”; “A discriminação racial e as dificuldades de acesso ao teletrabalho durante a pandemia por parte das pessoas negras no Brasil”; “Escravidão contemporânea e o trabalho intermediado pelas plataformas digitais: uma aproximação possível?” e “Terceirização: responsabilidade subsidiária da administração pública e o entendimento dos tribunais superiores, após a reforma trabalhista”.

Foram apresentados ainda os artigos “O mercado de trabalho para refugiados, migrantes e trabalhador fronteiro: direitos fundamentais, dignidade e segurança jurídica social”; “O

longo caminho para o reconhecimento até a rápida degradação dos direitos fundamentais dos trabalhadores sob a inspiração da Lei 13.467/2017”; “A hegemonia do discurso neoliberal no Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade da terceirização da atividade-fim”.

Ainda foram abordados os temas “Análise jurimétrica das decisões sobre a (não) abusividade de greves pelo tribunal regional do trabalho da 4ª região”; “A evolução dos direitos trabalhistas nas constituições do Brasil – breve análise”; “Normas internacionais do trabalho e terceirização das relações de trabalho”; “Exame toxicológico e de consumo de álcool exigido do motorista profissional e suas implicações quanto ao direito à intimidade e o direito da coletividade: uma análise interdisciplinar” e “Possibilidade do pagamento de custas processuais pelo beneficiário da justiça gratuita após a Lei 13.467/2017”.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna

Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho III apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

TERCEIRIZAÇÃO: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES, APÓS A REFORMA TRABALHISTA

OUTSOURCING: SUBSIDIARY RESPONSIBILITY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION AND THE UNDERSTANDING OF THE HIGHER COURTS, AFTER THE LABOR REFORM

Dorinethe dos Santos Bentes ¹
Louise Christine Frota Geraldo ²

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo apresentar um histórico da legislação pertinente à Terceirização, para analisar o entendimento dos tribunais superiores acerca da responsabilidade da Administração Pública nesses contratos, além de expor as diretrizes dadas em tempos de pandemia para a continuidade dos mesmos. Por meio da utilização da pesquisa exploratória, literatura jurídica e jurisprudencial, assentada no método hipotético dedutivo, com levantamento de posicionamentos da aplicabilidade do entendimento dos tribunais superiores, conclui-se que é notória a polêmica que o tema vem causando no mundo jurídico, devido instabilidade gerada pela falta de uma decisão efetiva acerca do assunto.

Palavras-chave: Direito do trabalho, Terceirização na administração pública, Responsabilidade subsidiária, Ônus da prova

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this work is presenting a history of pertinent legislation to Outsourcing, analyzing the higher courts' understanding about the responsibility of the Public Administration in these contracts, also explaining the guidelines given in times of pandemic for their continuity. Through the use of exploratory research, legal and jurisprudential literature, based on the hypothetical deductive method with a survey of positions of applicability of the understanding of higher courts, it concludes that the controversy that the subject has been causing in the legal world is notorious, due to instability generated by the lack of effective decision on the matter.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Labor law, Outsourcing in public administration, Subsidiary liability, Burden of proof

¹ Doutoranda em Direito e Justiça pela UFMG. Mestre em História – UFAM. Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico e História Social da Amazônia. Professora de Direito - UFAM. E-mail: dorinethebentes@gmail.com

² Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal do Amazonas – UFAM. E-mail: louisechristinne@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Ao estudar a história da administração moderna, o instituto da terceirização começou a ser utilizada nos Estados Unidos de forma estruturada como técnica de gestão durante a Segunda Guerra Mundial, uma vez que houve necessidade de produzir com maior velocidade armamentos e suprimentos para o conflito exigiu da indústria e prestadores de serviços mais eficiência em seus processos.

É incontestável o fato de que o processo de terceirização da mão de obra no Brasil ocorreu de forma gradativa, tendo em vista a vinda das primeiras empresas de grande porte e multinacionais. Inicialmente, esta prática era denominada como contratação de serviços de terceiros, com o objetivo de reduzir o custo de mão de obra, bem como, possuía o intuito de contratar terceiros para trabalhar e ter melhorias de qualidade, eficiência, especialização, eficácia e produtividade da atividade principal da empresa.

Dessa forma, é importante ressaltar que este fenômeno é comum na Administração Pública, que se apresenta como tomadora de serviço, logo, é comum esta ser acionada na justiça para responder, junto com a empresa terceirizada que deixou de cumprir suas obrigações trabalhistas e previdenciárias para com o obreiro reclamante, pelos direitos eventualmente reconhecidos numa ação trabalhista.

Nestes casos, uma vez comprovado que a empresa terceirizada deixou de cumprir algum direito ao trabalhador, a Justiça do Trabalho condena de forma subsidiária a Administração Pública, visto que esta se demonstra a tomadora dos serviços, a arcar com os prejuízos, caso a empresa terceirizada não pague os valores estabelecidos no juízo trabalhista.

Ademais, a criação de normas que asseguram os direitos trabalhistas é dificultada pela eventual ocorrência de fraude relacionada às garantias dos trabalhadores, motivo pelo qual, abre-se margem para a edição de uma regulamentação que gera mais instabilidade nas condições gerais de trabalho.

Nesse contexto, este trabalho fará um breve histórico da regência trabalhista no que envolve a terceirização até a Reforma Trabalhista, bem como abordará as diretrizes dadas para tratar da situação dos trabalhadores terceirizados pela Administração Pública.

O tema abordado nesta pesquisa, é de tamanha relevância, uma vez que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública é alvo de severas discussões no âmbito dos Tribunais Superiores e muita divergência nos Tribunais, de modo que esta pesquisa trará em seu fim, a título de exemplo, a forma que o entendimento dos tribunais superiores é aplicado em dois tribunais regionais.

Diante desse contexto, este assunto repercute de forma incisiva no Direito do Trabalho, posto que gera tamanha mudança na definição bilateral típica da relação de emprego, podendo resultar em grave precarização das condições de trabalho no Brasil.

A metodologia utilizada neste trabalho consiste, em pesquisa exploratória, cujo objetivo é a modificação e o esclarecimento de conceitos e ideias por meio de precisa formulação de problemáticas e hipóteses abertas para estudos posteriores, a fim de proporcionar um panorama generalizado acerca de fato determinado.

A revisão bibliográfica deverá apresentar conceitos clássicos em sintonia como as pesquisas contemporâneas, pesquisa documental com base na legislação e na jurisprudência, assentada no método hipotético dedutivo, buscar-se-á realizar o levantamento dos posicionamentos a respeito da responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos contratos de terceirização.

2. TRAJETÓRIA HISTÓRICA E JURÍDICA DA TERCEIRIZAÇÃO

Como diz Godinho (2019, p. 542), "A terceirização é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho do País, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do século XX no Brasil".

O ano de 1967 foi um marco na regulamentação da terceirização no setor público, visto que o governo militar implementou uma reforma administrativa com intuito de “impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa”. Todavia, a terceirização foi instituída de forma singela, tendo em vista que a contratação de pessoal da administração pública era regida pela CLT.

Como exemplo, o art. 10, § 7º do Decreto-lei 200/67, dispõe 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 da execução”.

A primeira norma que tratou da terceirização, foi a lei 6.019/74, que classificou a terceirização como atividade temporária. Sendo assim, esta lei dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, e as outras providências, em seu texto original, dispunha, em seu artigo 4º que “Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas,

temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos."

Após uma leitura minuciosa do dispositivo, percebe-se que a autorização legislativa se refere à "terceirização de atividade", e não à "terceirização de mão de obra", isto é, existem determinadas atividades que não são típicas do órgão, logo, podem ser terceirizadas.

Dessa forma, após diferenciar os dois tipos de terceirização, garante-se que não haja uma superposição de funções entre os terceirizados e os servidores ou empregados de carreira, afastando-se cogitações de infringência à regra do artigo 37, II da Constituição.

De acordo com Gabriela Neves (2017 p.199), a Constituição de 1988 buscou estruturar, no País, um Estado Democrático de Direito, que se funda em um tripé conceitual: a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, necessariamente democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também necessariamente democrática e inclusiva

Em contrapartida, a lei 6.019/74 não fixou os seus limites de alcance, o que ficou a cargo da súmula 256 do TST a qual dispunha que apenas seria legal a contratação de trabalhadores por empresa interposta nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, nos demais casos a contratação gerava a formação de vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Nesse contexto, após a provocação do TCU, a União, editou o Decreto 2.271/97 para dizer que as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações deveriam ser, de preferência, atividades terceirizadas.

O referido decreto, também afirmou que as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade não poderiam ser objeto de terceirização, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Dito de outro modo, a regulamentação federal direcionou a terceirização na administração pública para o conceito, da jurisprudência trabalhista, de "atividade-meio", bem como, previu que, para que tais atividades fossem "terceirizáveis", seria fundamental a verificação da correspondência ou não com o plano de cargos e salários do órgão ou entidade, com o objetivo de evitar que a terceirização de atividades autorizada pela lei se transformasse em terceirização de mão de obra.

Posteriormente, o TST emitiu a súmula 331, a qual cancelou a súmula 256 e ampliou o alcance da terceirização, sendo também possível nos serviços de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador.

Após a publicação de tal súmula surgiram diversos questionamentos sobre o que seria a atividade-meio e atividade-fim da empresa. Assim, para o autor Sergio Pinto Martins (2017, p. 165), a atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais, logo, corresponde a atividade não essencial, sendo uma atividade de apoio a determinados setores da empresa ou complementar.

Em 2017, foi aprovada a lei 13.429 de 2017, a qual alterou alguns dispositivos da lei 6.019/74 que tratam sobre a terceirização de trabalho, quais sejam: alterou o artigo 4º, incluiu os artigos 4º-A e 4º-B, alterou o artigo 5º e incluiu os artigos 5º-A e 5º-B, todavia tal lei não determinou o que seria atividade meio ou atividade fim da empresa, mantendo-se as discussões sobre tal temática, ficando a cargo dos juristas e jurisprudência dispor sobre tal assunto.

Nesse contexto, a lei 13.429/74 sofreu novas alterações em seus dispositivos legais, com a aprovação da lei 13.467/2017, lei da Reforma Trabalhista. É importante ressaltar que este trabalho tem como um dos objetivos elucidar as mudanças que a reforma trabalhista trouxe para o instituto da Terceirização.

A lei 13.467/2017 determinou que é possível a terceirização de qualquer atividade da empresa, ou seja, não existindo mais razão para diferenciar o que seria atividade-meio ou atividade-fim da empresa, tal mudança está disposta no artigo 4º-A da lei 13.429/74, o qual possui, atualmente, a seguinte redação:

art. 4o-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Dessa forma, com o advento da Lei supracitada, restou superada a distinção entre atividades-fim e atividades-meio, anteriormente adotada pela jurisprudência, de acordo com a Súmula 331, item III, do TST, a qual não mais prevalece, porém, é relevante distinguir os conceitos abordados nessa súmula.

No que tange a terceirização, a Reforma Trabalhista acrescentou à Lei de Trabalho Temporário o artigo 4º-C, que garante aos trabalhadores terceirizados as mesmas condições de alimentação, serviços de transporte, ambulatorios e sanitários dos funcionários contratados da empresa tomadora de serviços. Entretanto, essas condições já estavam sedimentadas na jurisprudência trabalhista.

Destaca-se ainda que a Reforma, em seu artigo 5-C, prevê que a empresa tomadora de serviços não está autorizada a contratar como prestadora de serviço uma empresa que tenha como sócio uma pessoa que foi seu empregado nos últimos 18 meses. Tal vedação tem como

objetivo a evitar que o empregado constitua uma pessoa jurídica para prestar serviços à tomadora, sem o dever de arcar com as obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias.

Ressalta-se ainda, que o artigo 5-D da norma supracitada estabelece que o empregado que for demitido não poderá ser contratado imediatamente por empresa prestadora de serviços e atuar como terceirizado da sua antiga empregadora. A lei prevê um prazo de carência para a contratação de 18 meses.

Seguindo essa linha, o Supremo Tribunal Federal, por meio do RE 958.252/MG, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “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”.

A Suprema Corte também julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 em que se questionou a constitucionalidade da interpretação adotada em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho que restringiam a terceirização com base na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. O relator min. Roberto Barroso elucidou que a decisão desse julgamento não afeta os processos aos quais tenha havido coisa julgada.

Diante dessas mudanças foram propostas a ADPF 324 e RE 958.252, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade da aplicação da terceirização também nas atividades fim da empresa, entretanto, o STF decidiu por maioria dos votos, após a realização de cinco sessões, que é constitucional a terceirização em qualquer atividade da empresa.

Ocorre que essa mudança veio atrelada a várias discussões, sendo que para alguns juristas representaria uma enorme flexibilização dos direitos trabalhistas, entretanto, para outros tornaria um meio de reduzir o desemprego bem como a modernização das relações de trabalho e do processo produtivo.

Tal mudança altera de forma considerável o instituto da terceirização, bem como pode representar flexibilização dos direitos trabalhistas, além de poder reduzir de forma drástica os contratos de trabalho com vínculo de emprego diretamente com a empresa que usufrui da atividade desenvolvida pelo empregado.

Apesar de o foco deste artigo não ser uma crítica a Reforma Trabalhista, mas sim uma análise acerca da responsabilidade subsidiária do Poder Público nas relações de Terceirização, é válido fazer uma reflexão acerca da referida Reforma no que tange as mudanças ao referido instituto.

Sendo assim, apenas se coaduna com o teor da Reforma quem não está a par da realidade administrativa brasileira, não podendo assistir de perto a realidade da terceirização,

sobretudo no âmbito da Administração Pública, um ambiente em que as empresas contratadas para prestar serviços rescindem os contratos de trabalho, ao termo do prazo do contrato administrativo, e os empregados, em grande parte, são recontratados pela nova prestadora e, assim, sucessivamente, permanecendo esses trabalhadores, durante anos, registrados por empresas distintas, mas vinculados à tomadora de serviços, não se beneficiando, contudo, do tempo de dedicação e prestação de serviços, tampouco do *status* que detêm os servidores ou empregados públicos, bem como das vantagens constitucionais, estatutárias e legais inerentes aos referidos cargos e empregos.

3 TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO E A PANDEMIA

Nesse contexto, o presente artigo tem como um dos objetivos, analisar a situação dos trabalhadores terceirizados pela Administração Pública ante a pandemia do novo vírus COVID-19, uma vez que boa parte do labor exercido por esses obreiros, são de natureza exclusiva de mão de obra, de modo que impossibilita o *home office* ou o teletrabalho, motivo pelo qual é possível fazer o seguinte questionamento: diante deste novo cenário de pandemia, ficaria a cargo do ente contratante, a manutenção do pagamento integral do contrato, sendo que não haveria a contraprestação dos serviços ou ainda de forma parcial?

Analisando a situação por um viés jurídico, a princípio, a Administração Pública não estaria obrigada a realizar o pagamento do contrato, haja vista que não houve a execução do mesmo.

Entretanto, diante deste novo cenário, não se pode deixar de analisar a perspectiva econômica, tendo em vista que o Estado exerce o papel de incentivador do desenvolvimento econômico da país, sendo assim, este ente deve estar atento aos impactos causados pela pandemia, bem como, para o desemprego em massa.

Em contrapartida, as medidas adotadas pelo Estado podem ir de encontro com a duração por tempo indeterminado da pandemia, além da redução do recolhimento de impostos, de modo que poderia ter um grande impacto na manutenção dos contratos de mão de obra terceirizada e os respectivos pagamentos às empresas contratadas.

No que tange ao aspecto social, as consequências das medidas econômicas e jurídicas tomadas, tem como objetivo resguardar a dignidade da pessoa humana, visto que protege o trabalhador por meio da continuidade do pagamento do seu salário, uma vez que, caso haja a rescisão de seu contrato de trabalho durante a pandemia, a possibilidade de conseguir um novo emprego estaria prejudicada.

Nesse contexto, a continuidade do pagamento integral do contrato, ainda que não haja a total execução do serviço, mesmo que seja de forma parcial, encontraria amparo jurídico no art. 20 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, quando este aduz que a decisão administrativa não se balizará tão somente pelas normas jurídicas, mas também pelos resultados práticos da decisão, devendo analisar os custos administrativos envolvidos nas hipóteses de suspensão e rescisão contratual, bem como, como na realização de nova contratação.

É importante ressaltar a existência de situações que estão fora do alcance da regulamentação do poder central, como por exemplo, a atual pandemia causada pelo vírus COVID-19, logo, cabe à própria autoridade superior decidir, a partir do caso concreto. Entretanto, é importante frisar que não há solução padronizada acerca do assunto, tendo em vista que existem diversos fatores atuais que impactam na decisão final.

Nesse contexto, a Advocacia Geral da União realizou três recomendações, que serão objeto de análise desde presente artigo, formulando uma análise jurídica da situação atual e indicando possíveis caminhos para a gestão dos contratos terceirizados no âmbito da pandemia.

As regulamentações a serem analisadas serão o Parecer nº 106/2020, elaborado pelo Departamento de Assuntos Jurídicos Internos (DAJI) da Secretaria Geral de Consultoria/AGU; o Parecer nº 63/2020, formulado pela Consultoria Jurídica junto à Controladoria Geral da União (CONJUR-CGU/AGU); e o Parecer nº 310/2020, publicado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação (CONJUR-MEC), vinculada à Consultoria Geral da União/AGU.

Ressalta-se que as deliberações propostas pela Advocacia-Geral da União no contexto dos pareceres citados dizem respeito a medidas destinadas aos casos em que a Administração decide pela manutenção dos contratos de prestação de serviços terceirizados, destacando o fato de que os pareceres foram formulados por órgãos consultivos diversos, alguns questionamentos se repetem, motivo pelo qual será feita uma análise conjunta das orientações enunciadas em cada parecer.

Os pareceres em questão versam sobre diferentes aspectos e reflexos contratuais decorrentes dos impactos da covid-19 nos contratos firmados pela Administração com empresas prestadoras de serviços terceirizados e, devido ao fato de terem sido formulados por órgãos consultivos diversos, alguns questionamentos se repetem, motivo pelo qual será feita uma análise conjunta das orientações enunciadas em cada parecer.

A primeira questão levantada nos pareceres é a possibilidade da substituição dos empregados terceirizados que integram o grupo de risco. Logo, no âmbito do Parecer nº 106/2020, a conclusão exposta no parecer elaborado pelo Departamento de Assuntos Jurídicos Internos (DAJI) da Secretaria Geral de Consultoria/AGU foi no sentido de que é possível proceder a esta exigência na Administração, bem como, o Parecer nº 310/2020, por sua vez, corrobora com esse entendimento.

Ocorre que, embora não seja permitido o direcionamento na contratação de terceirizados para trabalhar nas empresas, é inegável a excepcionalidade e gravidade da situação atual, logo, é viável o remanejamento das pessoas enquadradas nos grupos de risco para atividades dentro da empresa contratada, ou que possam ser executadas de modo remoto.

Assim, nessa situação, a área de recursos humanos pode conceder falta justificada ao obreiro. Logo, a verificação de pertencimento do empregado terceirizado ao grupo de risco ficará a cargo da empresa terceirizada que avaliará *in casu* se o trabalhador em questão faz jus à liberação. O parecer ressaltou que esse encargo cabe à empresa contratada, e não a Administração, uma vez que ela é apenas a tomadora do serviço. A Administração deve solicitar à empresa terceirizada o relatório dos empregados afastados, identificando a motivação e o período de afastamento respectivo, que deverá ser acordado entre a Administração Pública e a empresa, em virtude da instabilidade vivenciada.

Nesse contexto, outro ponto debatido nos pareceres é a inserção dos trabalhadores terceirizados no trabalho remoto, assim, desde que haja compatibilidade com o regime de teletrabalho, os pareceres se mostraram favoráveis a esta medida.

Segundo o parecer nº 106/2020, não há qualquer razoabilidade em desvincular os serviços terceirizados da prestação efetiva do serviço público. Assim, tendo em vista o contexto atual, a AGU manifestou-se no sentido de que se deve adotar o regime de jornada em turnos alternados de revezamento ou em teletrabalho, para aqueles trabalhadores que exerçam atividades compatíveis com esta modalidade.

Seguindo essa linha, o Parecer nº 63/2020 concluiu que, ante a excepcionalidade da pandemia, há possibilidade de ajustar o acompanhamento dos contratos terceirizados a fim de viabilizar a execução dos contratos de forma remota. Todavia, deverá ser feita uma avaliação de pertinência, e baseada na particularidade de cada atividade prestada.

No mesmo raciocínio, o Parecer nº 310/2020 também se posicionou do trabalho remoto por parte dos empregados terceirizados, ressaltando, entretanto, que serão necessários ajustes na relação trabalhista em questão, devendo ser avaliado pela Administração

juntamente com a empresa contratada quais atividades poderão ser exercidas por meio do teletrabalho.

Ainda nesse contexto, é preciso comentar os reflexos salariais advindos da suspensão dos contratos de trabalho com os empregados terceirizados, o Parecer nº 310/2020 aduz que, no caso do terceirizado que integra grupo de risco, trata-se de hipótese de interrupção do contrato de trabalho, haja vista que há contagem do tempo de serviço, além da preservação dos encargos trabalhistas devidos pelo empregador, uma vez que a interrupção atinge apenas a cláusula de prestação do serviços, mantidas em vigência as demais cláusulas contratuais.

O Parecer nº 106/2020 emitiu entendimento que corrobora com o entendimento do parecer anteriormente citado, destacando que, é possível suspender ou reduzir o efetivo de terceirizados, sendo esta redução ou suspensão realizada sem prejuízo da remuneração. Sendo assim, as únicas parcelas cujo pagamento pode deixar de ser efetivado são aqueles referentes ao auxílio-alimentação e ao vale-transporte dos dias não trabalhados efetivamente.

De acordo com Gabriel Schulman (2020) "a matéria envolve discussões tormentosas. Entre os caminhos possíveis, é interessante analisar a exceção da ruína, pouco lembrada no direito brasileiro. Trata-se de promover o ajuste do contrato de longa duração para manter o equilíbrio, sem que haja um fato superveniente singular, afinal, os negócios podem se deteriorar por uma soma de fatores, ao invés de um evento terrível exclusivo".

Em suma, é preciso reavaliar o princípio da função social dos contratos sob a ótica do Direito Administrativo, a fim de garantir a continuação dos contratos terceirizados com fito de evitar maiores agravamentos à economia e a sociedade.

4 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO PODER PÚBLICO E O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A Constituição da República de 1988 estabelece, no artigo 37, II e § 2º, que as entidades da Administração Pública direta e indireta devem realizar concurso público prévio, de provas ou de provas e títulos, para admissão de pessoal; sendo, portanto, um requisito obrigatório para investidura em emprego ou cargo público.

Apesar da imperatividade da norma constitucional, subsistiu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de se contratar trabalhadores, no âmbito da Administração Pública, sem a prestação de concursos públicos, dentre outras formas, pela terceirização, em virtude do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, ressalvados os casos específicos em lei, logo, entendeu-se terem sido recepcionadas as normas em vigor sobre o tema.

Com o advento da Lei n. 8.666/93, tornou-se possível a contratação pela Administração Pública de empresas de terceirização para a prestação de serviços, conforme seus artigos 1º, 2º e 6º, II.

Nesse contexto, a Súmula 331 do TST aduz acerca da legalidade do contrato de prestação de serviços, reconhecendo-se a ilicitude de contratações de trabalhadores por empresa interposta, construindo-se um vínculo direto com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário.

Assim, no item I da referida Súmula, observa-se a limitação temporal que possibilita a terceirização, no caso de trabalho temporário cuja caracterização está nos termos do artigo 2º da Lei n. 6.019, como aquele trabalho prestado para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

Entretanto, no item III da Súmula supracitada, o TST estabeleceu outras exceções à formação do vínculo empregatício com o tomador, sejam elas: “[...] a contratação de serviços de vigilância 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.”

Em consonância com a visão de maior eficiência, o Poder Legislativo, ao dispor acerca das contratações públicas, previu, na redação original do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993,7a proibição da transferência de responsabilidade ao ente contratante quanto aos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais inadimplidos pelo contratado.

O objetivo do dispositivo era estimular que o licitante, ao elaborar sua proposta, estabelecesse um valor adequado e exequível, de acordo com os encargos pecuniários que teria de suportar. Ademais, buscou-se evitar que os licitantes forjassem seus preços para deles excluir os encargos legais, mediante a apresentação de preços financeiramente mais vantajosos.

Primeiramente, o ente público passou a ser condenado automaticamente apenas pelo fato de existirem débitos, tendo em vista que o TST relativizou o conteúdo normativo do §1º do art. 71 da lei 8.666/93 ao dispor acerca da responsabilidade subsidiária do contratado em casos de inadimplência, no inciso IV de seu verbete sumular nº 331.

O referido enunciado sofreu diversas críticas por parte de toda comunidade jurídica, por ir de encontro com os princípios como os da separação de Poderes e o da legalidade.

Com objetivo de elucidar esta questão, o Poder Legislativo reagiu de modo que modificou a redação dos §§ 1º e 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/9310, por meio da Lei nº 9.302/1995, enfatizando que em caso de descumprimento das obrigações trabalhistas, não

seria possível haver transferência de responsabilidade para a Administração Pública. Vejamos:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995) (grifou-se)

O artigo elimina todos os tipos de responsabilidade da Administração por encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não adimplidos pelas empresas prestadoras de serviços.

Ainda nesse contexto, a Corte Trabalhista se manifestou em sentido contrário, quando alterou o item IV do enunciado sumular 331, a fim de para registrar expressamente a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pela mera inobservância dos encargos trabalhistas, com o seguinte enunciado:

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000) (grifou-se)

De forma contrária ao disposto no parágrafo 1º do mencionado artigo 71, responsabiliza subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a indireta, em relação aos encargos trabalhistas, quando atuar como tomadora de serviços, isto é, ratifica que a Administração Pública responderá automaticamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas, devido à responsabilidade objetiva da Administração, que tem o dever de fiscalizar as empresas contratadas.

Embora louvável a intenção do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de manter as normas *in dubio pro operário*, essa interpretação afronta o texto legal. Assim, sendo decisão *contra legem*, restaria duas opções, sendo elas o afastamento do verbete sumular, ou a declaração da inconstitucionalidade do art. 71, caput, e § 1º, da Lei nº 8.666/93.

A questão da responsabilidade da Administração pelos débitos trabalhistas já foi objeto de análise do STF por meio do controle de constitucionalidade difuso. Todavia, o STF não julgou o mérito das ações sob argumento de que se tratava de questão infraconstitucional.

Mais uma vez, o tema foi levado ao STF em 07/03/2007, o Governador do Distrito Federal, um dos legitimados para propor Ação Direta de Constitucionalidade, propôs ADC cujo objetivo era o reconhecimento e a declaração de que o art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93 está de acordo com a ordem constitucional.

Ao declarar a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/934, o STF reconheceu, de fato, que a inadimplência do contratado pelo poder público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere, de forma imediata, à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem pode onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. Por outro lado, o Supremo ponderou que isso não impede que a Justiça do Trabalho reconheça a responsabilidade do poder público com base nos fatos de cada causa.

Destarte, o que restou registrado no julgamento da ADC n. 16 foi a inexistência de responsabilidade imediata da Administração Pública nos casos de inadimplemento dos direitos trabalhistas pela empresa contratada por culpa *in eligendo*, devendo ser analisado, em cada caso concreto, se a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante foi causada pela inadimplência, assim sendo, poderá ensejar sua responsabilização.

Por votação majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666, de 1993. O dispositivo prevê que a inadimplência do contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

Segundo esse entendimento, o STF afastou a responsabilidade objetiva prevista art. 37, §6º da CF, como era a vontade do TST, agora frente à redação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. Assim sendo, não se transfere à responsabilidade automaticamente em decorrência da mera inadimplência do prestador de serviços contratados.

Todavia, o julgamento proferido na ADC nº 16 não pacificou as disputas que estavam surgindo na esfera dos processos trabalhistas, mas as acirrou, aumentando exponencialmente a quantidade de Reclamações Constitucionais e Recursos Extraordinários perante o Supremo Tribunal Federal, sub argumento de afronta à decisão proferida naquela ADC.

Dessa forma, após o reconhecimento da repercussão geral do tema, o Recurso Extraordinário (RE) nº 760931/DF¹ foi eleito como paradigma. Trata-se de recurso interposto pela União Federal contra decisão proferida pela Justiça do Trabalho, que lhe impôs a responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas devidas pela empresa contratada, como decorrência da sua culpa *in vigilando*. A União asseverou que o acórdão violava o texto constitucional, especialmente os artigos 5º, inciso II, 37, caput, 97 e 102, § 2º e, ainda, ia de encontro com que fora decidido na ADC nº 16.

¹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 12 set. 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=760931&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 maio 2018.

No julgamento do RE nº 760.931, no debate em plenário realizado para votação da tese de repercussão geral, observa-se a intenção dos julgadores em manter a possibilidade de responsabilização da administração pública, pela inclusão da expressão “automaticamente”, com a intenção de abrir margem para a discussão acerca da culpa.

Vale ressaltar que a decretação da constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93 não indica a “irresponsabilidade” da Administração Pública, para isso, o judiciário deverá analisar *in casu* para averiguar se o descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada teve por causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo ente público contratante e não mais considerá-la automática como vinha aplicando a justiça trabalhista.

A questão da titularidade do ônus da prova quanto à eventual culpa *in vigilando* do Estado foi analisada no bojo dos votos de parte dos Ministros do STF, assim como nos debates que perfizeram o julgamento do RE nº 760.931/DF². Isso ocorreu, no entanto, sem que a Corte tivesse êxito em fixar um direcionamento a esse tópico.

Assim, no julgamento do processo nº TST-RR-20261-74.2015.5.04.0017 proferido pela Sétima Turma do TST, esta concluiu que não fora evidenciada por parte do obreiro a conduta culposa na fiscalização do contrato, logo, essa decisão gerou uma certa polêmica, visto que, após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, o ônus da prova da culpa da administração pública é do trabalhador.

Dessa forma, a regra geral para atribuição do ônus da prova no processo do trabalho, encontra-se no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, entretanto, é muito parecida com a regra de consta no artigo 373 do Código de Processo Civil, logo, é dever de cada parte, alegar e provar aquilo que pretende seja sopesado pelo julgador.

No caso do reclamante que ingressa com uma ação trabalhista contra a empresa terceirizada, sua empregadora e contra o órgão público tomador dos serviços, de acordo com a regra geral da estática do ônus da prova, poder-se-ia afirmar, que seria do reclamante o dever de provar o nexo causal entre a conduta culposa do referido órgão e o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do seu empregador.

Todavia, existem peculiaridades na terceirização que acontece nos serviços públicos, cujo processo de contratação e deveres das partes contratantes encontra-se disciplinado na lei nº 8.666/93.

Inicialmente, é válido elucidar que a administração pública tem a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato administrativo de prestação de serviços, além de aplicar sanções ao contratado no caso da sua inexecução total ou parcial, de acordo com o artigo 58, incisos III e IV da referida lei.

Ademais, de acordo com o artigo 67, é obrigação da Administração acompanhar e fiscalizar a execução do contrato por um representante designado para este fim. As condutas inerentes a esse dever encontram-se detalhadas na Instrução Normativa nº 5 de 26 de maio de 2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Portanto, foi estabelecido um padrão fiscalizatório a ser seguido pelo administrador público e demais servidores incumbidos da fiscalização do contrato.

O artigo 818 da CLT, prevê a possibilidade de o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, nos casos de excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. No caso do empregado terceirizado que ingressa com ação contra o seu empregador e contra o órgão público contratante, além da sua evidente condição de hipossuficiência como trabalhador, ressalta a sua diferença social e econômica em relação às partes reclamadas, situação em que caberia plenamente a redistribuição do ônus da prova.

Nesse caso, incumbir ao trabalhador ônus de provar a conduta culposa da administração pública, decorrente da não fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas no curso do contrato de trabalho, enquadra-se na hipótese legal de impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo.

Tendo em vista que a administração tem a obrigação de fiscalizar os contratos de trabalho, é possível presumir que esteja apta para provar que ela cumpriu com seus deveres legais, trazendo ao processo as provas documentais e testemunhais que corroborem a sua atuação diligente e efetiva. Portanto, apenas sob essas circunstâncias, é possível que ela seja eximida da sua responsabilidade subsidiária.

Além disso, o processo judicial é regido pelo princípio constitucional da isonomia, devendo o juiz assegurar às partes igualdade de tratamento. O dever do juiz de tratar as partes com paridade não significa que ele deve agir quando estiver diante da desigualdade material entre reclamante e reclamado.

Em suma, não houve ainda *ratio decidendi* de modo *erga omnes* em relação à distribuição do ônus da prova em questão, ficou a cargo dos juízes e desembargadores do trabalho a tarefa de decidir a quem incumbe o ônus de demonstrar os fatos que levam a crer a existência do elemento subjetivo da culpa, o que será feito, através da distribuição do ônus da prova, nada impedindo inclusive a sua inversão, considerado o vetor técnico da aptidão para a prova, todavia, atribuir esse ônus ao reclamante equivaleria, na prática, impossibilitaria a

responsabilização subsidiária da administração pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Diante deste quadro, este artigo trará dois exemplos de como o entendimento dos tribunais superiores está sendo decidido no âmbito dos tribunais regionais, por meio da análise minuciosa de decisões de algumas turmas destes Egrégios.

Nesse contexto, o primeiro Egrégio a ter algumas de suas decisões analisadas é o Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, dentre elas foram analisados em conjunto os respectivos Recursos Ordinários: RO 0000012-17.2018.5.11.0013 da Primeira Turma; o RO 0000357-96.2017.5.11.0019 e o RO 0000440-35.2018.5.11.0001 da Terceira Turma do Egrégio supracitado.

Após a análise dos acórdãos, observa-se que as Turmas seguem a mesma linha de entendimento, reiterando os mesmos artigos e jurisprudências na fundamentação. É possível concluir que para as Turmas, a ausência ou a fiscalização insuficiente, ou quando o ente público estiver alheio à fiscalização do fiel cumprimento dos encargos sociais devidos pela reclamada, resta configurada a responsabilização da Administração Pública.

Outrossim, no que tange ao ônus da prova, as Turmas firmaram entendimento de que não há inversão do ônus da prova, visto que os entes públicos têm o poder-dever de fiscalizar a fiel execução dos contratos administrativos. Além disso, sustentam que há apenas a análise de acordo com os documentos e provas produzidas nos autos, uma vez que incumbe a parte contrária a alegação de prejuízo ou necessidade de dilação probatória.

Por fim, observa-se que as Turmas do Egrégio Tribunal da 11ª Região, apesar de não terem suas fundamentações semelhantes, estas seguem a mesma linha de raciocínio, uma vez que este Colendo Tribunal possui tese pacificada neste sentido, nos termos de sua Súmula nº 16, a qual fixa o dever do Ente Público de comprovar a fiscalização dos direitos trabalhistas dos empregados da prestadora de serviços, o que afasta a argumentação de decisão surpresa em desfavor do Litisconsorte, *in verbis*:

SÚMULA 16. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. A constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, declarada pelo STF na ADC nº 16, não obsta o reconhecimento da responsabilidade de ente público quando este não comprova o cumprimento de seu dever de fiscalização do prestador de serviços.

Destarte, o Ente Público, ao ser incluído no polo passivo, para eventual responsabilização subsidiária, deve demonstrar que fiscalizou o contrato de terceirização de mão de obra.

Nesse contexto, o segundo Egrégio a ter algumas de suas decisões analisadas é o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, dentre elas foram analisados em conjunto os respectivos Recursos Ordinários: RO 0010876-03.2018.5.03.0025 da Oitava Turma; o RO 0011764-63.2017.5.03.0006 da Sétima Turma; e o RO 0010262-65.2018.5.03.0035 da Nona Turma do Egrégio supracitado.

Após a análise das decisões citadas, é possível concluir que as Turmas do Egrégio da 3ª Região também emanam um entendimento similar, uma vez que em suas respectivas fundamentações, citam artigos e jurisprudências semelhantes, inclusive as mesmas mencionadas no tópico anterior deste artigo.

As decisões ressaltam que a contratação por procedimento licitatório, que é um trâmite que deve seguir estritamente o princípio da legalidade, não exige a Administração de fiscalizar a idoneidade econômico-financeira da contratada, bem como acompanhar a execução do ajuste em todos os aspectos, inclusive atinente ao cumprimento das obrigações trabalhistas e fiscais em relação aos trabalhadores que lhe prestarem serviços.

Além disso, os acórdãos enfatizam que o fator determinante para a configuração da responsabilidade subsidiária da Administração é a comprovação da culpa *in vigilando*, uma vez que o Ente Público atrai para si o dever de fiscalizar a execução dos contratos de prestação de serviços terceirizados.

Para corroborar com o entendimento das decisões foi apreciado o IUJ n. 0011608-93.2017.5.03.0000 e aprovado, por maioria simples de votos, a edição da Tese Jurídica Prevalente (TJP) n. 23, com a redação a seguir:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. ENTE PÚBLICO. FISCALIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. É do ente público o ônus da prova quanto à existência de efetiva fiscalização dos contratos de trabalho de terceirização, para que não lhe seja imputada a responsabilidade subsidiária.

Um ponto interessante a destacar na Tese Jurídica supracitada, é que os tribunais superiores não definiriam a quem pertence o ônus de provar a omissão da Administração Pública, entretanto, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região firmou entendimento de que este ônus incumbe ao respectivo ente público, o que não deixa de estar em consonância com o entendimento dos tribunais superiores, uma vez que estes abriram margem para diversas interpretações.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve seus objetivos concluídos, haja vista que trouxe um breve histórico da legislação pertinente a terceirização até a promulgação da Lei 13.467/2017, além de comentar acerca das diretrizes dadas pelos órgãos consultivos do poder central, as diretrizes dadas para as empresas contratadas pelo Poder Judiciário proceder com seus respectivos trabalhadores terceirizados, a fim de garantir a continuação dos contratos terceirizados com fito de evitar maiores agravamentos à economia e a sociedade.

Por outro lado, discutiu-se de forma exaustiva acerca do entendimento dos tribunais superiores no que tange a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, concluindo-se não houve ainda uma tese jurídica consolidada em relação à distribuição do ônus da prova, uma vez que ficou a cargo dos magistrados a tarefa de decidir a quem incumbe o ônus de demonstrar os fatos que levam a crer a existência da culpa, ressaltando-se que nada obsta a sua inversão, visto que atribuir esse ônus ao obreiro impossibilitaria a responsabilização subsidiária da administração pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa contratada.

Com o fito de exemplificar como o entendimento dos tribunais superiores é seguido pelos tribunais regionais do trabalho, este artigo trouxe como exemplo os Tribunais do trabalho da 3ª Região e da 11ª Região, para demonstrar que as teses consolidadas em ambos os regionais estão de acordo com as diretrizes estabelecidas na jurisprudência das cortes superiores.

6 REFERÊNCIAS

AGU. Parecer nº 106/2020. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/covid19/Parecer-DAJI-terceirizados.pdf.pdf>. Acesso em 12 jun. 2020

AGU. Parecer nº 310/2020. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/covid19/ParecerConsulta-SAA-Liberao-dos-Terceirizados.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020

AGU. Parecer nº 63/2020. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/covid19/Parecer-63—COVID-19.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (11. Região). Recurso Ordinário n. 0000012-17.2018.5.11.0013. Relatora: Solange Maria Santiago Moraes, Data de julgamento: 20/02/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: 22/02/2020.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (11. Região). Recurso Ordinário n. 0000357-96.2017.5.11.0019. Relator: Jorge Álvaro Marques Guedes, Data de julgamento: 22/03/2018, Terceira Turma, Data de Publicação: 23/03/2020.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (11. Região). Recurso Ordinário n. 0000440-35.2018.5.11.0001. Relatora: Ormy da Conceição Dias Bentes, Data de julgamento: 13/03/2020, Terceira Turma, Data de Publicação: 17/03/2020

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). Recurso Ordinário n. 0010876-03.2018.5.03.0025. Relator: José Marlon de Freitas, Data de julgamento: 26/07/2019, Oitava Turma, Data de Publicação: 01/07/2020

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). Recurso Ordinário n. 0010876-03.2018.5.03.0025. Relator: José Marlon de Freitas, Data de julgamento: 26/07/2019, Oitava Turma, Data de Publicação: 01/07/2020

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). Recurso Ordinário n. 0010876-03.2018.5.03.0025. Relator: Antonio Carlos Rodrigues Filho, Data de julgamento: 16/12/2019, Oitava Turma, Data de Publicação: 18/06/2020

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). Recurso Ordinário n. 0010262-65.2018.5.03.0035. Relator: Maria Stela Alvares da Silva Campos, Data de julgamento: 06/11/2019, Oitava Turma, Data de Publicação: 08/06/2020.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 03.mai.2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 15. mai. 2020.

BRASIL. Decreto nº 2.271, de 7.jul. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm. Acesso em: 03.mai.2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25.jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0200compilado.htm>. Acesso em: 03. mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21/03/2020.

BRASIL. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113429.htm. Acesso em: 03. mai.2020.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 03. mai.2020.

BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019compilado.htm. Acesso em: 03. mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21.jun.1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 03. mai.2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11 Região. Súmula nº 16. Disponível em: <https://portal.trt11.jus.br/index.php/home/composicao/desembargadores/11-servicos/15-sumulas>. Acesso em 06 jun. 2020

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3 Região. Tese Jurídica Prevalente nº 23. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/jurisprudencia/uniformizacao-de-jurisprudencia/tese-juridica-prevalente>. Acesso em 06 jun. 2020

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 256. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256. Acesso em 06 jun. 2020

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331, item IV. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.htm. Acesso em 06 jun. 2020

DELGADO Mauricio Godinho DELGADO; Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017

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

FERRAZ, Luciano. A terceirização na Administração Pública depois das decisões do STF. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/interesse-publico-terceirizacao-administracao-publica-depois-decisoes-stf>. Acesso em: 31 de janeiro de 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. Terceirização no direito do trabalho / Sergio Pinto Martins. – 15 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa nº 5 de 26 de maio de 2017. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2017. Disponível em: https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes_normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017. Acesso em: 11 de abril de 2020

OLIVEIRA, Katiane da Silva. STF decide a ADC 16, declara a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 e impõe limites à aplicação do Enunciado nº 331 do TST. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2903, 13 jun. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19329>. Acesso em: 26 fev. 2020.

SCHULMAN, Gabriel. Covid-19: Os contratos, a incerteza os desafios para a manutenção das empresas e a exceção da ruína. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323778/covid-19-os-contratos-a-incerteza-os-desafios-para-a-manutencao-das-empresas-e-a-excecao-da-ruina> Abril de 2020. Acesso em: 17 abr. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF, Pleno, ADPF 324/DF, rel. min. Roberto Barroso, j. 30/8/2018

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF, Pleno, RE 958.252/MG, rel. min. Luiz Fux, j. 30/8/2018

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 610. ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93. Publicado eletronicamente em 2 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm>. Acesso em: 6.mai.2020

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Recurso de Revista. Processo nº TST-RR-20261-74.2015.5.04.0017. 7ª Turma. Relator: Altino Pedrozo dos Santos. Brasília, 06 de abr. 2018. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=315526&a-noInt=2017>. Acesso em: 02 maio 2018.

VORONOFF, Alice; NOUIRA, Soraya. Terceirização e responsabilidade subsidiária do Estado. Disponível em:<http://www.granadeiro.adv.br/clipping/2019/03/20/terceirizacao-e-responsabilidade-subsidiaria-do-estado>. Acesso em: 17/03/2019.