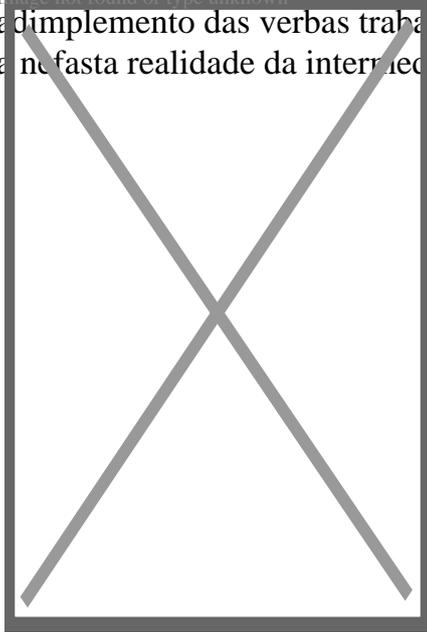




Terceirização e ônus de prova: a Lei de Acesso à Informação

Havendo vínculo empregatício existente entre a prestadora de serviços e o trabalhador, mas o labor prestado por este sendo executado perante a tomadora, há que se estender a responsabilidade pelo adimplemento das verbas trabalhistas para a entidade contratante dos serviços, até mesmo para se evitar a nefasta realidade da intermediação de mão de obra, vedada no ordenamento jurídico pátrio.



A necessidade da responsabilidade pelo adimplemento das verbas

trabalhistas se justifica por diversos fundamentos, entre os quais podemos destacar os seguintes: da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (artigo 1º, III e IV da CF); o princípio da não discriminação (artigos 3º, IV; 5º, *caput* e I; e 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV da CF/Convenção 111 da OIT/Lei 9.029/1995); o direito social ao trabalho (artigo 6º, *caput*, da CF); os direitos dos trabalhadores (artigo 7º da CF); a justiça social e a busca do pleno emprego como fundamentos da ordem econômica (artigo 170, *caput*, e VIII da CF).

Outro ponto de destaque é a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, já se pronunciou pela aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Trata-se do reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais ínsitos à Constituição Federal não só nas relações verticais (entre o Estado e o particular), mas também nas relações horizontais (entre particulares). Daí decorre, ainda, o entendimento doutrinário e jurisprudencial da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, a serem observados nas relações assimétricas entre particulares, como no vínculo trabalhista.

O Direito do Trabalho parte da premissa de que, no vínculo empregatício, o trabalhador está em clara posição de hipossuficiência em relação ao empregador (tomador de serviços), visto que este é o detentor do capital e do controle do processo produtivo. O trabalhador, na maioria das vezes, não negocia as regras que regerão o seu trabalho.

É por essa razão que a aplicação da norma deve considerar a fragilidade da posição jurídica do obreiro, resguardando de forma cogente a observância dos princípios protetivos e direitos fundamentais para que



o trabalhador esteja em uma relação digna de emprego, diminuindo as desigualdades naturais inerentes a essa relação jurídica.

A responsabilidade subsidiária da tomadora em relação às verbas trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviços frente a seus empregados independe da natureza jurídica daquela, sobretudo no âmbito do Direito Privado. O tema é pacífico, sem maiores discussões, cabendo ressaltar apenas que a participação da tomadora de serviços na fase de conhecimento da relação processual e sua presença no título executivo judicial são requisitos essenciais para a responsabilização. Tal entendimento, aliás, é sumulado no âmbito do TST, especificamente no inciso IV do Enunciado nº 331.

Entretanto, há celeuma em torno da responsabilidade subsidiária e a forma de sua aplicação quando estar-se-ão diante dos órgãos e entidades da Administração Pública.

A aplicação do entendimento dominante existente na Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho trouxe grande debate na seara trabalhista versando sobre a possibilidade de responsabilizar automaticamente a Administração Pública, ora tomadora de serviços, de forma totalmente contrária ao disposto no artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993.

O debate foi levado ao STF no bojo da ADC nº 16/DF, na qual se buscou a declaração de validade do dispositivo da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) que determina, expressamente, a não transferência, para a Administração Pública, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais inadimplidos pela prestadora de serviços contratada.

No julgamento da ADC 16/DF, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, impondo limites à aplicação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública. A tese fixada foi a de que a mera inadimplência da contratada pelo pagamento dos encargos não poderia transferir automaticamente a responsabilidade à Administração Pública. Entretanto, assentou-se que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações da contratada, poderia gerar tal responsabilidade. Essa mesma lógica foi reforçada na tese firmada no julgamento do RE 760.931/DF, com repercussão geral reconhecida (Tema 246).

Manteve-se, assim, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, tão somente quando restasse comprovada a sua conduta culposa. Aliás, esse entendimento foi ratificado na redação do artigo 121, §2º da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações).

Contudo, o STF não aprofundou o debate para definir sobre de quem seria o ônus da prova de comprovar a culpa geradora da responsabilidade subsidiária, nem no julgamento da ADC 16/DF, tampouco no julgamento do RE 760.931/RG.

Diante desse novo foco para a celeuma acerca do tema, fez-se necessária a pacificação da questão. Para tanto, a SBDI-1/TST, órgão de uniformização de jurisprudência, ao entender que a Suprema Corte não havia emitido tese jurídica de efeito vinculante em relação ao ônus da prova, definiu que este caberia à Administração Pública.

O entendimento adotado se pautou no princípio da aptidão para a prova, pois a Administração Pública é a detentora dos documentos capazes de comprovar a efetiva fiscalização e adoção de medidas capazes de impedir o descumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada. Além disso, há extrema



dificuldade de o trabalhador conseguir demonstrar um fato negativo que não possua fato positivo correlato alegado.

No entanto, no final do ano de 2020, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a questão como constitucional, bem como a repercussão geral do tema (Tema 1.118): "*Ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246)*".

Feita a devida contextualização acerca do tema, passa-se a discorrer sobre a alternativa existente para o trabalhador se desincumbir de tal ônus probatório, como medida a justificar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

Com efeito, é inegável que a Administração Pública possui todos os meios possíveis de facilmente afastar a sua responsabilidade subsidiária, desde que comprove a efetiva fiscalização e a adoção de medidas capazes de impedir o descumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada prestadora de serviços.

De se ver que a efetiva fiscalização dos contratos administrativos é um dever legal insculpido na ainda vigente Lei 8.666/1993 e na nova Lei 14.133/2021 (licitações). Impende enfatizar, por exemplo, a obrigação de exigir, como cláusula obrigatória em todo contrato administrativo, que a contratada mantenha, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação e a de designar um representante para fiscalizar a execução de todo contrato administrativo.

Devemos ressaltar quem estão subordinados à regra da fiscalização efetiva dos contratos administrativos: os órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente por União, estados, Distrito Federal e municípios (artigo 1º, parágrafo único da Lei 8.666/1993).

Além disso, a subordinação à essa regra decorre de algumas determinações existentes na Constituição Federal, como o princípio constitucional da legalidade que, segundo a melhor doutrina administrativista, significa que o administrador não pode agir, nem mesmo deixar de agir, senão de acordo com o que dispõe a lei (artigo 37, *caput* da CF).

Ainda, temos o princípio da publicidade, que garante uma atuação transparente da Administração Pública perante a sociedade, em relação a toda a sua atuação administrativa. Nesse mesmo sentido, encontramos o direito fundamental de acesso à informação previsto nos artigos 5º, XXXIII, e 37, §3º, II, ambos da Carta Maior.

Ao instituir a reserva legal para tratar do assunto, o artigo 37, §3º, II, da CF exigiu a regulamentação de medidas de acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, o que foi atendido com a edição da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011).



É com base em tal lei que o trabalhador poderá obter as provas necessárias sobre a culpa da Administração Pública na escolha da contratada (culpa *in eligendo*) ou por omissão na fiscalização de seus contratos administrativos (culpa *in vigilando*).

A Lei de Acesso à Informação possui claro comando normativo que prevê o direito a qualquer interessado de ter acesso a informações relativas a atividades exercidas pelos órgãos e entidades da Administração Pública, contratos administrativos firmados e procedimentos licitatórios (artigo 7º, V e VI)

Assim, para verificar eventual culpa da Administração Pública, o trabalhador poderá requerer o acesso a todos os documentos relativos ao procedimento de escolha da contratada, os termos do contrato administrativo firmado e os documentos elaborados no exercício da atividade fiscalizatória de execução do contrato de terceirização de serviços.

Esse acesso deverá ser franqueado ao interessado, em regra, imediatamente e de forma gratuita, sendo obrigatório apenas que o pedido contenha a identificação do requerente e a especificação da informação requerida, sendo vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público (artigos 10, 11 e 12 da Lei 12.527/2011). Quando não for possível ser disponibilizado o acesso imediato à informação requerida, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá possibilitar o acesso, em prazo não superior a 20 dias, prorrogável por mais dez dias, mediante justificativa expressa. Vale ressaltar que a demora injustificada no acesso às informações requeridas ou a negativa de acesso de informação não sigilosa ensejam o manejo de pedido judicial para que o órgão ou entidade sejam compelidos a disponibilizar o direito constitucional almejado.

Contudo, devemos lembrar que, ainda que não seja necessário o esgotamento da via administrativa, deve existir prévio requerimento para caracterizar o interesse de agir, usando analogicamente o entendimento da Súmula 2 do STJ. "*Não cabe o habeas data se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa*".

O pedido acima deve seguir a via da exibição de documento ou coisa, em sede de ação de produção antecipada de provas ou incidentalmente na reclamação trabalhista, não podendo o juiz da causa admitir a recusa na exibição, por se tratar de obrigação legal de exhibir (artigos 396 a 404 do CPC). Devemos lembrar que a situação da obrigação de exhibir documento, neste caso, não se amolda na inversão do ônus da prova, mas sim em uma obrigação constitucional de acesso à informação. O ônus da prova permanecerá com o autor, que deverá comprovar os fatos constitutivos de seu direito.

Portanto, conclui-se ser possível a utilização da alternativa apresentada, com base nos princípios da legalidade e da publicidade e no direito de acesso à informação, para a obtenção de elementos que possam demonstrar a culpa *in vigilando* e a culpa *in eligendo* capazes de efetivar a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento de verbas trabalhistas por parte da prestadora de serviços.



Por derradeiro, vale lembrar que contra a negativa de acesso do trabalhador (na posição de cidadão) a eventuais processos administrativos envolvendo a Administração Pública e a empresa prestadora de serviços, seria cabível, em tese, o mandado de segurança, por haver violação ao direito líquido e certo de petição.

Date Created

15/04/2021