A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ÔNUS DA PROVA: A DEMONSTRAÇÃO DA FALHA FISCALIZATÓRIA APÓS OS TEMAS 246 E 1.118 DO STF

Jennifer Aleandra Melo Souza[1]
Rayane Beatriz Alves Gomes[2]
Andréa Queiroz Fabri[3]

RESUMO

O presente trabalho analisa o dever de fiscalização da Administração Pública nos contratos de terceirização, a responsabilidade subsidiária por encargos trabalhistas inadimplidos e a distribuição do ônus da prova nos Temas 246 e 1.118 do STF. Aborda a evolução legislativa e jurisprudencial da terceirização, considerando a Súmula nº 331 do TST e as Leis nº 13.429/2017, nº 13.467/2017 e nº 14.133/2021. Examina os critérios de responsabilização estatal, a culpa *in elegendo* e especialmente a culpa *in vigilando*, as dificuldades probatórias do trabalhador terceirizado e os princípios constitucionais envolvidos. Por fim, compara os regimes de responsabilização dos setores público e privado.

Palavras-Chave: Terceirização. Administração Pública. Responsabilidade Subsidiária. Ônus da Prova. Temas 246 e 1.118.

ABSTRACT

This study analyzes the Public Administration's duty to oversee outsourced contracts, the subsidiary liability for unpaid labor obligations, and the allocation of the burden of proof, as addressed in Supreme Federal Court (STF) Themes 246 and 1.118. It explores the legislative and jurisprudential evolution of outsourcing, taking into account Precedent Sumully No. 331 of the Superior Labor Court (TST) and Laws No. 13.429/2017, No. 13.467/2017, and No. 14.133/2021. It examines the criteria for state liability specifically culpa *in eligendo* and culpa *in vigilando* the evidentiary challenges faced by outsourced workers, and the relevant constitutional principles. Finally, it compares the liability regimes applicable to the public and private sectors.

Keywords: Outsourcing. Public Administration. Subsidiary Liability. Burden of Proof. Themes 246 and 1.118.

[1] Acadêmica da 10ª Etapa do curso de Direito da Universidade de Uberaba. E-mail: jenyaleandra@gmail.com
[2] Acadêmica da 10ª Etapa do curso de Direito da Universidade de Uberaba. E-mail: rayanebeatrizalves07@gmail.com
[3] Professora. Advogada e consultora. Doutora em Direito Econômico. E-mail: andrea.fabri@uniube.br

1. INTRODUÇÃO

Entre os temas de grande relevância no Direito do Trabalho, destaca-se a terceirização trabalhista, que passou por significativas transformações legislativas. Segundo Martinez (2026, p. 537), trata-se de uma "técnica de organização do processo produtivo", caracterizada por uma estrutura trilateral formada pelo trabalhador terceirizado, pela empresa prestadora de serviços e pela empresa tomadora.

No Brasil, a terceirização foi inicialmente disciplinada, em grande medida, pela jurisprudência, destacando-se a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Posteriormente, as Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 promoveram importantes alterações em seu regime jurídico, ampliando a possibilidade de terceirização para atividades-meio e atividades-fim.

No âmbito da Administração Pública, a terceirização, com previsão na Lei n° 14.133/21, envolve o dever de fiscalização dos contratos administrativos e a discussão sobre sua eventual responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas. Nesse contexto, destacam-se os Temas 246 e 1118 do Supremo Tribunal Federal, relacionados à responsabilidade da Administração, à fiscalização contratual e ao ônus da prova.

Diante das dificuldades probatórias enfrentadas pelo trabalhador terceirizado para demonstrar eventual falha fiscalizatória, mostra-se relevante analisar os possíveis impactos desse tratamento na tutela dos direitos trabalhistas. Assim, o presente trabalho examina o dever de fiscalização da Administração Pública, a responsabilidade subsidiária e o ônus da prova nos Temas 246 e 1118 do Supremo Tribunal Federal.

Assim, o presente trabalho se insere na linha de pesquisa Acesso à Justiça e Métodos Adequados de Prevenção e de Resolução de Conflitos, Desenho de Sistemas e Tecnologias (ODR), no grupo de pesquisa do CNPq, pois um dos pontos mais relevantes para se assegurar o direito é exatamente conferir as mesmas possibilidades de defesa aos envolvidos, não justificando tratamento privilegiado à Administração Pública, especificamente em se tratando de direitos do trabalhador, cujos resultados têm caráter alimentar.

2. A TERCEIRIZAÇÃO E O DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização é amplamente utilizada pela Administração Pública para a execução de serviços por meio de empresas contratadas. Nessa relação, embora a empresa prestadora permaneça responsável pelos trabalhadores, a Administração, na condição de tomadora dos serviços, possui o dever de acompanhar e fiscalizar a execução contratual.

A fiscalização assume especial relevância diante de eventual inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, especialmente para a análise da possível responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Nesse contexto, a legislação e a jurisprudência estabelecem parâmetros para a atuação do Poder Público, tema que será desenvolvido nos tópicos seguintes.

2.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O termo "terceirização" constitui um neologismo. Segundo Lobatto (2024, p. 40), sua criação teria ocorrido no início da década de 1970, por Aldo Sani, engenheiro e diretor superintendente da Riocell, empresa de celulose localizada em Guaíba, no Rio Grande do Sul. A expressão possui origem no latim *terciariu,* derivado do ordinal *tertiariu*. Delgado (2019, p. 540) esclarece que o termo está relacionado à ideia de "terceiro", compreendido como intermediário ou interveniente. O autor destaca, ainda, que o neologismo foi construído no âmbito da Administração de Empresas para designar a descentralização de determinadas atividades empresariais.

No âmbito jurídico, a terceirização caracteriza-se pela separação entre quem se beneficia economicamente do trabalho e quem figura formalmente como empregador. O trabalhador presta serviços em favor da empresa tomadora, mas mantém o vínculo empregatício com a empresa prestadora, que o contrata e responde pelas obrigações do contrato de trabalho Lima (2025, p. 13-14). Forma-se, assim, uma relação trilateral entre trabalhador, prestador e tomador, que se afasta da bilateralidade típica da relação de emprego: de um lado, o vínculo trabalhista entre o trabalhador e a prestadora; de outro, a relação contratual entre esta e a tomadora.

Essa configuração é fundamental para compreender, posteriormente, a responsabilidade jurídica atribuída ao tomador dos serviços, especialmente quando se trata da Administração Pública.

2.2. EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E A LEI Nº 14.133/2021

Definida a terceirização como fenômeno caracterizado pela intermediação da força de trabalho e pela consequente relação trilateral entre trabalhador, empresa prestadora e empresa tomadora, cabe observar como o ordenamento jurídico brasileiro passou a disciplinar esse fenômeno ao longo do tempo. Por ausência, durante largo período, de legislação específica sobre a matéria, coube inicialmente à jurisprudência trabalhista estabelecer os parâmetros de licitude da contratação terceirizada, para que somente mais tarde o tema recebesse tratamento legislativo próprio, tanto no âmbito das relações privadas quanto, de forma mais específica, no âmbito da Administração Pública.

Ainda antes de ocorrer a consolidação jurisprudencial, a Lei nº 6.019/1974, cuidava exclusivamente da "terceirização de trabalhadores mediante contrato de trabalho temporário". A mesma foi alterada pela Lei nº 13.429/2017. Posteriormente, houve a consolidação dos critérios de licitude da terceirização no Brasil, pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que foi o marco jurisprudencial para a legislação trabalhista. Para Lima e Morais (2024, p. 2437) a mencionada Súmula "considerou ilícita qualquer forma de terceirização, exceto para trabalho temporário, serviços de limpeza, vigilância e serviços especializados relacionados à atividade-meio do contratante."

Ademais, na mesma súmula, vale ressaltar o inciso IV, que prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, seguindo algumas medidas. Já o inciso V segue a mesma ideia sobre a responsabilidade subsidiária, porém prevista na Administração Pública direta ou indireta, quando comprovado a omissão de fiscalização, em relação ao contrato da terceirização, nesse sentido, Delgado (2019, p. 589) menciona que o inciso, quando modificado "eliminou a ideia de responsabilidade objetiva e também subjetiva por *culpa in eligendo* (esta, desde que haja regular licitação). Mas preserva a responsabilidade subjetiva por *culpa in vigilando* (omissão do dever fiscalizatório)". Por fim, o inciso VI que estabelece acerca das verbas trabalhistas, que vão decorrer da condenação, do determinado tempo em que o terceirizado realizou o seu serviço.

Simultaneamente ao marco jurisprudencial, as Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, modificaram o regime jurídico da terceirização. As Leis mencionadas, são conhecidas como a Lei da Terceirização e como a Reforma Trabalhista, que ampliaram, principalmente, as possibilidades de terceirização, permitindo às empresas tomadoras de serviço de terceirizar não apenas as atividades-meio, mas também aquelas relacionadas à sua atividade principal, ou seja,

a atividade-fim (LIMA; MORAIS, 2024, p. 2436). Ademais, com a ampliação de ambas as leis, também se intensificou a terceirização na Administração Pública.

Nesse contexto, destaca-se a Lei nº 14.133/2021, a lei mais recente de Licitações e Contratos Administrativos, que passou a disciplinar as contratações realizadas pela Administração Pública. Muitos dos mecanismos da terceirização anteriormente previstos na Lei nº 8.699/1993 foram mantidos na nova lei.

2.3. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E O DEVER DE FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL

A terceirização na Administração Pública é formalizada por contrato administrativo, fundamentado no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e submetido ao regime jurídico de direito público. Segundo Di Pietro (2023, p. 788), não constitui uma nova modalidade contratual, mas uma forma de contratação que pode assumir estruturas já conhecidas, como a empreitada e o fornecimento. Nesse contexto, a Administração dispõe de prerrogativas legais para assegurar a adequada execução contratual, especialmente por meio da fiscalização dos serviços e da aplicação de sanções, quando cabíveis (DI PIETRO, 2023, p. 589).

Quanto às suas características, a terceirização compreende a contratação de serviços passíveis de execução indireta, pela ausência de subordinação direta dos trabalhadores aos gestores públicos e pela inexistência de vínculo empregatício direto com a Administração, em razão da exigência de concurso público prevista no art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Assim, os empregados terceirizados mantêm vínculo com a empresa contratada, enquanto o ente público figura como tomador dos serviços.

A responsabilidade subsidiária, embora relacionada inicialmente ao Direito das Obrigações, não se restringe a esse campo, encontrando aplicação em diferentes áreas do ordenamento jurídico, inclusive no Direito do Trabalho. Sua característica fundamental consiste na existência de uma ordem de preferência para o cumprimento da obrigação, de modo que, diante do inadimplemento do responsável principal, o responsável subsidiário poderá ser chamado a satisfazer o débito, observados os pressupostos jurídicos aplicáveis (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2023, p. 80-81).

No âmbito da terceirização trabalhista, essa forma de responsabilidade assume especial relevância diante da possibilidade de responsabilização subsidiária do tomador de serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa contratada. A inexistência de vínculo

empregatício direto não afasta a possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 afastava a transferência automática dos encargos trabalhistas ao Poder Público, entendimento reafirmado pelo STF na ADC nº 16 e no Tema 246 da repercussão geral. Na mesma linha, o item V da Súmula nº 331 do TST admite a responsabilização subsidiária do ente público quando presentes os pressupostos jurídicos pertinentes, conforme Mazza (2023, p. 804-805). A matéria também foi objeto do Tema 1.118 do STF, cuja análise específica será desenvolvida no capítulo seguinte.

No plano legislativo atual, a Lei nº 14.133/2021 disciplina a responsabilidade pelos encargos contratuais em seu art. 121. O § 1º afasta a transferência automática da responsabilidade à Administração, enquanto o § 2º prevê, nos contratos de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra, responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários e subsidiária pelos trabalhistas, caso comprovada falha na fiscalização.

Para viabilizar esse controle, o art. 117 da referida lei determina o acompanhamento e a fiscalização da execução contratual por agentes especialmente designados. Na terceirização, esse dever compreende a verificação do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada. Di Pietro (2023, p. 796-797) destaca a importância de cláusulas contratuais relativas aos encargos, da verificação da regularidade trabalhista, inclusive por meio da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), quando cabível, e da adoção de medidas administrativas diante de irregularidades.

Dessa forma, a fiscalização contratual constitui instrumento essencial para prevenir o descumprimento das obrigações trabalhistas e avaliar a eventual responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

3. O ÔNUS DA PROVA NOS TEMAS 246 E 1118 DO STF

A definição do ônus da prova constitui aspecto relevante para a análise da responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização trabalhista. Nesse contexto, os Temas 246 e 1.118 do Supremo Tribunal Federal estabeleceram parâmetros relacionados à responsabilização do Poder Público e à comprovação de falha na fiscalização contratual. Assim, este capítulo examina os entendimentos firmados pelo STF, com ênfase na distribuição do ônus probatório.

3.1. O TEMA 246 E A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA

Antes que houvesse a fixação do Tema 246 pelo STF (RE 760.931/DF), a repercussão sobre a responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas contratadas, resultou em um conflito entre a Súmula 331 do TST e o art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, segundo o qual a inadimplência do contratado não transfere ao Poder Público a responsabilidade pelo pagamento dos encargos. Di Pietro (2023, p. 794) explica que o conflito nasceu da forma como a Justiça do Trabalho passou a aplicar a Súmula 331 do TST, estendendo-a a praticamente todas as espécies de contratos administrativos.

Dessa forma, foi proposta a ADC nº 16, na qual o STF declarou válido o dispositivo. Porém, o acórdão não afastou a possibilidade de o TST examinar, em cada caso concreto, se a inadimplência do contratado teve como causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão contratante (DI PIETRO, 2023, p. 795). Em 2011, o TST reformulou a Súmula 331 para acomodar esse entendimento. Seu item V passou a admitir a responsabilidade subsidiária dos entes públicos apenas quando evidenciada conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei de Licitações, sobretudo na fiscalização, e a afirmar que o mero inadimplemento não basta para gerá-la.

Contudo, na prática, ainda ocorria o problema. Bastos (2018, p. 42) observa que os tribunais trabalhistas passaram a fundamentar as condenações em elementos supostamente diversos do precedente do STF, como a atribuição do ônus da prova ao ente público e a ideia de que o simples inadimplemento já denunciaria fiscalização ineficiente. A responsabilização, assim, seguia ocorrendo de modo praticamente automático, ainda que sob nova roupagem.

Foi nesse contexto que o STF, ao julgar o RE 760.931/DF em 2017, firmou a seguinte tese no Tema 246: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93" (BRASIL, 2017). A consequência é que a responsabilidade da Administração deixa de decorrer do simples fato do inadimplemento e passa a depender da demonstração de sua conduta omissiva, a chamada culpa *in vigilando* (MARTINS; MACHADO, 2025, p. 174).

A exigência de culpa se apoia em deveres legais concretos de fiscalização. A execução do contrato deve ser acompanhada por fiscal especialmente designado, que registra as ocorrências, determina a correção das falhas e comunica aos superiores o que exceda sua competência (art. 117 da Lei nº 14.133/2021). No âmbito federal, a verificação da regularidade das obrigações trabalhistas integra os objetivos da gestão e fiscalização contratual (Decreto nº

9.507/2018, art. 10). Martins e Machado (2025, p. 181) ponderam, porém, que na realidade administrativa o fiscal costuma ser designado sem capacitação prévia e acumula funções, o que fragiliza justamente a atividade que o Tema 246 adota como parâmetro da culpa.

Verifica-se, portanto, que o Tema 246 exigiu a comprovação da culpa, mas não definiu a quem incumbe essa comprovação. Essa lacuna alimentou a divergência que culminou no Tema 1118, objeto do tópico seguinte.

3.2. O TEMA 1118 E A DEMONSTRAÇÃO DA FALHA FISCALIZATÓRIA

Conforme exposto, o Tema 246 e o Tema 1.118 do STF decorrem de um mesmo conflito: a Justiça do Trabalho continuava aplicando o inciso V da Súmula 331 do TST de modo literal, o que resultava, na prática, em responsabilização quase automática do ente público e desconsiderava o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, cuja constitucionalidade havia sido reconhecida na ADC 16.

Ao fixar o Tema 246 (RE 760.931/DF), o STF afirmou que o inadimplemento da contratada não transfere automaticamente à Administração Pública a responsabilidade pelos encargos trabalhistas. Contudo, a Corte não definiu a quem cabe provar a falha de fiscalização. Essa omissão deixou uma lacuna processual: o TST manteve o entendimento de que incumbe ao ente público demonstrar que fiscalizou o contrato, com base na aptidão para a prova, enquanto a Administração sustentava que a prova deveria ser produzida pelo autor.

Foi para solucionar essa controvérsia que se reconheceu a repercussão geral do RE 1.298.647/SP, de relatoria do Ministro Nunes Marques, que deu origem ao Tema 1.118. A questão, nos termos da descrição oficial do tema, consistia em definir a legitimidade de transferir ao ente público tomador o ônus de comprovar a ausência de culpa na fiscalização das obrigações trabalhistas devidas aos terceirizados, para fins de responsabilização subsidiária.

O STF decidiu que a Administração não pode ser condenada subsidiariamente apenas porque deixou de provar que fiscalizou o contrato. Assim, a tese fixada impõe à parte autora a comprovação da efetiva existência de comportamento negligente ou do nexo de causalidade entre o dano alegado e a conduta, comissiva ou omissiva, do poder público. Em outras palavras, o ônus de demonstrar a falha fiscalizatória recai sobre o trabalhador.

Além disso, a tese estabeleceu um critério objetivo de negligência: ela se configura quando a Administração permanece inerte após receber notificação formal de descumprimento das obrigações trabalhistas, enviada pelo trabalhador, sindicato, Ministério do Trabalho,

Ministério Público, Defensoria Pública ou outro meio idôneo. Fixou ainda deveres de natureza preventiva, como exigir da contratada a comprovação de capital social compatível com o número de empregados (art. 4º-B da Lei nº 6.019/1974) e condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas do mês anterior (art. 121, § 3º, da Lei nº 14.133/2021).

Observa-se, portanto, que o Tema 1.118 reconhece que a Administração tem deveres legais de fiscalização, mas mantém com o trabalhador o encargo de provar a sua violação. É essa aparente contradição, que gera a assimetria probatória e a chamada prova diabólica, que será analisada nos tópicos seguintes.

4. A FRAGILIZAÇÃO DA TUTELA DO TRABALHADOR TERCEIRIZADO

A terceirização na Administração Pública apresenta desafios relacionados à comprovação de falhas na fiscalização e à proteção dos direitos trabalhistas. Nesse contexto, serão analisadas as dificuldades probatórias enfrentadas pelo trabalhador terceirizado e os questionamentos constitucionais decorrentes das diferenças de tratamento entre o Estado e o setor privado.

4.1. DIFICULDADES PROBATÓRIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM RISCO

No processo do trabalho, em regra, cabe ao trabalhador provar os fatos que fundamentam seu direito, enquanto a parte contrária deve demonstrar os fatos que impedem, modificam ou extinguem esse direito (art. 818, incisos I e II, da CLT e art. 373 do CPC). Essa regra, contudo, admite exceções, pois a legislação permite a redistribuição do ônus da prova quando uma das partes enfrenta dificuldade excessiva para produzi-la ou quando a outra possui maior facilidade de acesso às informações. Essa possibilidade busca reduzir as desigualdades existentes entre as partes.

Nesse contexto, o Tema 1.118 do Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu que a Administração Pública não pode ser responsabilizada subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa terceirizada apenas com base na inversão do ônus da prova. Assim, cabe ao trabalhador demonstrar a negligência do ente público na fiscalização do contrato ou o nexo de causalidade entre a conduta administrativa e o dano sofrido.

Embora o objetivo seja impedir que o Estado seja responsabilizado automaticamente pelo descumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada, surge uma dificuldade prática: como o trabalhador poderá comprovar a falha na fiscalização se os documentos necessários estão, em grande parte, sob o controle da própria Administração?

A fiscalização dos contratos administrativos é realizada internamente pela Administração Pública. Por isso, documentos importantes para comprovar sua atuação, como relatórios de fiscalização, notificações à empresa contratada e comprovantes de pagamento das verbas trabalhistas, geralmente ficam sob a guarda do ente público ou da prestadora de serviços, e não do trabalhador.

Ferreira e Santana (2025, p. 92) identificam cinco dificuldades enfrentadas pelo trabalhador terceirizado: o receio de sofrer represálias ou ser dispensado ao solicitar documentos; a falta de conhecimento técnico para compreender contratos e comprovantes de pagamentos; a dificuldade de acessar documentos que estão com a Administração e a empresa contratada; o desconhecimento dos órgãos competentes para receber denúncias; e a falta de informações sobre as providências adotadas pelo poder público após receber uma comunicação de irregularidade.

Essa última dificuldade merece destaque. De acordo com o item II da tese do Tema 1.118, a negligência da Administração pode ser caracterizada quando ela permanece inerte após receber notificação formal sobre o descumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada. Essa comunicação pode partir do trabalhador, do sindicato, do Ministério do Trabalho, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou de outro meio idôneo.

Entretanto, mesmo quando o trabalhador realiza a notificação, pode ser difícil demonstrar que a Administração não tomou as providências necessárias, pois as informações sobre a fiscalização e as medidas adotadas permanecem, em regra, sob o controle do próprio ente público. Essa situação se aproxima da chamada prova diabólica, expressão utilizada para designar uma prova de produção extremamente difícil ou impossível para determinada parte.

A dificuldade de produzir essa prova não representa apenas um obstáculo processual, mas também provoca questionamentos quanto à efetividade dos princípios constitucionais que orientam a proteção do trabalhador. Conforme explica Delgado (2019, p. 227), a Constituição Federal de 1988 atribui especial relevância à pessoa humana e ao valor social do trabalho, reconhecendo-os como elementos fundamentais da ordem jurídica, econômica e social. Nesse sentido, exigir do trabalhador terceirizado a comprovação de uma falha na fiscalização cujos registros estão sob o controle da própria Administração Pública pode acentuar a desigualdade

entre as partes e dificultar a efetivação de seus direitos. Nesse contexto, destacam-se o princípio da proteção ao trabalhador, a isonomia, o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, a proporcionalidade e a razoabilidade, além da dignidade da pessoa humana.

O princípio da proteção ao trabalhador busca equilibrar a relação entre empregado e empregador e, na terceirização, aplica-se a uma situação específica. Quando a empresa contratada não paga os direitos do trabalhador, ele pode tentar cobrá-los da Administração Pública que contratou o serviço. Pelo Tema 1.118, o STF decidiu que só é possível se o trabalhador provar que a Administração foi negligente na fiscalização do contrato, de modo que a responsabilidade não pode nascer apenas da inversão do ônus da prova. O problema é que os documentos que demonstram essa fiscalização estão em poder do próprio ente público, o que torna difícil para a parte mais fraca da relação apresentá-los e, assim, fere o princípio da proteção.

Já o princípio da isonomia, fundamentado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, exige que as partes tenham condições semelhantes de participar do processo. No caso, isso não ocorre: a Administração detém os documentos de fiscalização e o trabalhador não. Com a decisão do STF, percebe-se que o Tribunal garante apenas a isonomia formal, quando deveria aplicar a isonomia material, segundo a qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, na medida de sua desigualdade, para que a justiça seja alcançada. Não se justifica exigir do trabalhador terceirizado a produção de uma prova a que ele não tem acesso apenas para que receba tratamento formalmente igual ao da Administração. O direito é uma ciência vasta, e a aplicação estritamente literal da norma pode prejudicar a parte mais vulnerável da relação.

O acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV significa não apenas poder entrar com uma ação, mas ter chance real de vencê-la quando o direito existe. Exigir que o trabalhador prove algo sem acesso aos documentos necessários cria a chamada prova diabólica, que é uma prova praticamente impossível de produzir. O próprio CPC, em respeito a Constituição Federal, proíbe que o ônus da prova seja distribuído de modo a tornar a prova impossível ou excessivamente difícil art. 373, §2º, CPC.

O contraditório e a ampla defesa, fundamentados no art. 5º, LV, da Constituição Federal, garante às partes o direito de produzir provas e de se defender no processo. Dessa forma, a maneira como foi distribuído o ônus da prova fere esses princípios em relação ao trabalhador. Como ele poderá exercer sua ampla defesa se depende de uma prova que está fora do seu alcance? Trata-se de um dos princípios basilares do processo no direito brasileiro, que

nem mesmo o guardião da Constituição respeitou. Poder-se-ia argumentar que o trabalhador dispõe de meios para superar essa dificuldade, como a exibição de documentos arts. 396 e seguintes do CPC. Contudo, esse instrumento exige providências adicionais, o que gera custo e tempo para a parte hipossuficiente. Como a verba trabalhista tem natureza alimentar, a demora recai justamente sobre quem menos pode suportá-la.

A proporcionalidade e a razoabilidade pedem que se olhe para a situação concreta do trabalhador. Na terceirização, ele dificilmente consegue os registros de fiscalização por conta própria. Isso não contraria a tese do STF. Só reforça que o trabalhador precisa de meios adequados para cumprir a exigência que lhe foi feita.

Por fim, a dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CF e a valorização do trabalho previstos nos arts. 1º, IV, e 170, *caput*, ambos da CF, mostram por que isso importa. Delgado (2019, p. 227) destaca a centralidade da pessoa humana e do trabalho na ordem jurídica. Quando as verbas trabalhistas não são pagas, a subsistência do trabalhador fica comprometida. Esses princípios não levam à responsabilização automática do ente público, mas mostram que a proteção do trabalhador deve ser efetiva, dentro dos limites do STF.

Dessa forma, ficou evidente que, após o Tema 1.118 do STF, o trabalhador passou a enfrentar uma dificuldade probatória significativa, o que pode comprometer princípios constitucionais que garantem direitos essenciais a ele.

4.2. QUESTIONAMENTOS ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO TRATAMENTO CONFERIDO AO ESTADO E AO SETOR PRIVADO NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Conforme anteriormente exposto, o tomador de serviços privado responde subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora, nos termos da Súmula nº 331, IV, do TST e do art. 5º-A, § 5º, da Lei nº 6.019/1974. Em contrapartida, a responsabilização subsidiária da Administração Pública depende da demonstração de falha no cumprimento do dever de fiscalização contratual, conforme a Súmula nº 331, V, do TST, o art. 121 da Lei nº 14.133/2021 e os Temas 246 e 1.118 do STF. Esse regime diferenciado suscita o questionamento: a distinção é compatível com a Constituição?

Sob esse prisma, a primeira diferença é a exigência de culpa, mostra-se a mais defensável. A própria doutrina reconhece que a responsabilidade subsidiária se funda ordinariamente em culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, como ocorre com as empresas tomadoras

em relação às dívidas das prestadoras (MARTINEZ, 2026, p. 560). Assim, a culpa é o fundamento comum aos dois regimes. A diferença é que, no setor privado, ela decorre do próprio inadimplemento, ao passo que, no setor público, precisa ser demonstrada. Logo, o questionamento constitucional recai menos sobre a natureza da responsabilidade e mais sobre o fato de o ente público receber dupla proteção: a exigência de culpa e a atribuição do ônus de prová-la ao trabalhador.

A segunda diferença, o ônus da prova, é a mais difícil de justificar. O trabalhador terceirizado presta o mesmo serviço, em benefício do tomador, e sofre o mesmo dano, seja este público ou privado. Contudo, enquanto o tomador privado responde pelo inadimplemento, o trabalhador do ente público deve provar a omissão de um dever que a lei atribui à Administração (art. 117 da Lei nº 14.133/2021) e cujos registros ela própria detém. A distribuição dinâmica do ônus (art. 818, § 1º, da CLT e art. 373, § 1º, do CPC) aponta em sentido contrário. Martinez (2026, p. 562) registra, inclusive, que o entendimento que naturalmente se formou na Justiça do Trabalho era o de que o ônus caberia à Administração, por não se poder exigir dos terceirizados a demonstração do descumprimento de dever legal da beneficiária direta de seu trabalho. A proteção reforçada do tomador público recai, assim, sobre a parte menos apta a produzir a prova, o que tensiona a isonomia e o acesso à justiça.

A terceira diferença está no alcance da responsabilização. O art. 121 da Lei nº 14.133/2021 restringe a responsabilidade da Administração aos contratos de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra, enquanto o art. 5º-A, § 5º, da Lei nº 6.019/1974 não impõe limitação equivalente ao tomador privado. Martinez (2026, p. 564) observa que as mudanças da nova lei são mais visíveis na blindagem da Administração do que na assunção de suas responsabilidades pelas dívidas trabalhistas, e antecipa ampla discussão sobre a constitucionalidade do advérbio “exclusivamente” à luz do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Soma-se a isso uma incoerência de fundo, o tomador público dispõe de instrumentos preventivos mais robustos que o privado, como a exigência de caução, fiança ou seguro-garantia, a retenção de pagamentos e o depósito em conta vinculada (MARTINEZ, 2026, p. 564), além dos deveres fixados no Tema 1.118, como condicionar o pagamento à quitação das obrigações que estejam vencidas. Quem mais pode prevenir o inadimplemento é, paradoxalmente, quem menos responde por ele.

Portanto, a diferenciação entre Estado e setor privado não é, em si, inconstitucional, e a exigência de culpa encontra respaldo na ADC nº 16. Todavia, o cúmulo dos três fatores, culpa,

ônus probatório do trabalhador e alcance restrito da responsabilização, parece ultrapassar o que a isonomia material e a proporcionalidade admitem. Essa constatação reforça a tese central deste trabalho: o dever de fiscalização, embora formalmente previsto, tem sua efetividade comprometida quando sua violação é de difícil demonstração por quem mais dela depende.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal analisar os impactos da Terceirização no âmbito da Administração Pública após os Temas 246 e 1.118 do STF, fazendo a análise do processo introdutório, sua natureza jurídica, a conceituação de responsabilidade subsidiária, a evolução normativa, a falha fiscalizatória, os respectivos temas mencionados e o ônus da prova.

Ante o exposto, verificou-se que os dois Temas que foram julgados pelo STF, não foram favoráveis ao terceirizado, ou seja, a Administração Pública não precisa ser responsabilizada de forma automática, porém o STF não pode desfavorecer a parte que já é fragilizada nesse processo, no qual está ferindo os princípios constitucionais garantidos como essenciais para o terceirizado. Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal tem o dever de guardar a Carta Magna, com previsão legal no art. 102 da CF, no qual recebe o título de guardião da Constituição Federal de 1988.

A controvérsia se instala no momento em que o próprio guardião da Constituição fere princípios essenciais ao trabalhador, o qual ele deve proteger, por força, inclusive, dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU) e do controle de constitucionalidade.

Ademais, passar o ônus da prova ao trabalhador, especialmente quando se trata de uma prova de difícil produção, suscita questionamentos quanto à efetividade da tutela dos direitos trabalhistas, podendo representar um retrocesso na proteção dos direitos sociais. Para compreender essa problemática é importante observar a evolução histórica dos direitos trabalhistas.

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto Lei 5.452) foi criada em 1º de Maio de 1943, assinada por Getúlio Vargas, em que era o tempo do Estado Novo (1937-1945). O Estado Novo foi um período mais repressivo e autoritário da Era Vargas, no qual a CLT foi outorgada pelo Executivo, onde sua criação ocorreu em um contexto diferente daquele estabelecido pela Constituição de 1988, que consolidou os direitos sociais e princípios democráticos.

Dessa forma, ao observar a evolução da proteção trabalhista, torna-se preocupante, que, em um Estado Democrático de Direito, a efetividade dos direitos do trabalhador possa ser comprometida por dificuldades processuais.

Outrossim, ao observar o Tema 1.118, de forma mais aprofundada, a notificação que é enviada para a Administração Pública, não possui um prazo específico para que o trabalhador tenha ciência e se sinta mais seguro em qual prazo deverá notificá-la, tendo em vista que na maioria dos casos é uma pessoa simples e leiga, no qual, tudo estando devidamente positivado, traz mais segurança jurídica para ambas as partes.

Também para a Administração Pública, restam dúvidas, no que diz respeito à sua notificação, pois, notificada e inerte, deita a dúvida acerca do prazo para responder, tendo em vista que o julgado é quanto omisso a esta questão elementar para o devido processo legal.

Conclui-se, a partir deste estudo que os Temas 246 e 1.118, apesar de não serem necessariamente contraditórios quando analisados conjuntamente, podem estabelecer um regime de responsabilização que favorece mais o ente público, do que o trabalhador, que deve comprovar três elementos, quais sejam a exigência de comprovação da culpa, somada à atribuição do ônus probatório ao trabalhador e às dificuldades de acesso aos documentos de fiscalização, evidenciando uma desigualdade que merece atenção.

Demais disso, por serem entendimentos recentes, especialmente o Tema 1.118, é possível que haja modificações futuras, seja pela via recursal, seja por nova construção jurisprudencial, sobretudo quanto ao ônus da prova e ao prazo da notificação. Espera-se, assim, que, com a análise deste trabalho, o entendimento possa evoluir e reconheça que a Administração Pública deve comprovar a fiscalização do contrato, preservando a proteção constitucional do terceirizado.

O direito é vivo e dinâmico, não podendo se solidificar somente porque o Supremo Tribunal proferiu decisão, ainda que esta deva ser observada. O acesso à justiça efetiva não pode relegar ao cidadão ônus impossíveis, sob pena de se retornar a ideia distintiva entre Estado e meros súditos.

REFERÊNCIAS

BASTOS, João Rafael Gabbi. **Responsabilidade subsidiária da administração pública após a decisão do RE 760.931. 2018.** Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/189775>. Acesso em: 09 maio 2026.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis de Trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial da União, 1943.

BRASIL. **Lei nº 13.467, 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2017.

BRASIL. **Lei nº 14.133, 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). RE 760.931. **Tema 246** da Repercussão Geral. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 26 de abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). RE 1.298.647. **Tema 1118** da Repercussão Geral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2025.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). **Súmula nº 331**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Brasília, DF, 02 de junho de 2025.

DA SILVEIRA, Gabriela Jéssica; DE ALMEIDA, Marcelo Pereira. Tema 1118 do STF: a nova batalha do trabalhador terceirizado na justiça. **Lex Humana**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, 2025.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

FERNANDES, Felipe Gonçalves. RE 1.298.647 (Tema 1.118). **Revista Científica Virtual da ESA OAB SP**, São Paulo, ed. 48, p. 91-97, 2025. Disponível em: <https://revista.esaoabsp.com/index.php/esa/pt_BR/article/view/72>. Acesso em: 09 de maio de 2026.

FERREIRA, Juliana Bortoncello; SANTANA, Paulo Campanha. Impactos temporais da decisão do STF no Tema 1.118: um estudo sobre segurança jurídica e devido processo legal. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 91, n. 2, p. 87-98, abr./jun. 2025. Disponível em: <https://revista.tst.jus.br/rtst/article/view/159>. Acesso em: 09 de maio de 2026.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações.** 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

LIMA, Derick Silva de. **A terceirização no direito do trabalho brasileiro: evolução normativa, virada jurisprudencial do STF e os desafios da segurança jurídica**. 2025. Trabalho de Conclusão de Curso (Ciências Jurídicas e Sociais) — Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2025.

LIMA, Suellen Rebeca Rodrigues; MORAIS, Uérlei Magalhães de. A terceirização e seus impactos nas relações de trabalho. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação,** São Paulo, v. 10, n. 6, p. 2432-2448, 2024.

MARCELINO, Paula; CAVALCANTE, Sávio. **Por uma definição de terceirização**. Caderno CRH, Salvador, v. 25, n. 65, p. 331-346, 2012.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. atual., ampl. e reform. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2026.

MARTINS, Bárbara Piumbini Lacerda; MACHADO, Lécio Silva. Desafios na fiscalização de serviços terceirizados pela Administração Pública Direta e seus impactos na responsabilidade subsidiária**. Revista JurES**, Guarapari, v. 18, n. 33, p. 158-185, jun. 2025. Disponível em: <https://estacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/juresvitoria/article/view/3948/2992>. Acesso em: 09 de maio de 2026.

MOURA, Ruan Henrique Loureiro. A Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública na Terceirização de Serviços: As disposições da lei 14.133/21 que conferem efetividade ao dever de fiscalização contratual. **Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública, Pombal**, v. 14, n. 1, p. 214-231, 2026.

RAMOS, Ruggeri Batista. Ônus da prova na fiscalização dos contratos de terceirização firmados com o poder público: análise do Tema 1118 do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, v. 29, n. 1, 2025. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/640>. Acesso em: 09 de maio de 2026.

SILVA, Larissa Costa e; DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. A distribuição do ônus da prova no Tema 1.118 do Supremo Tribunal Federal (STF): uma análise crítica da fragilidade probatória do trabalhador. **Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN**, Natal, n.10, p. 332-358, 2026. Disponível em: <https://revistas.unirn.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1180>. Acesso em: 09 de maio de 2026.