



PROCESSO N° TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

A C Ó R D ã O
(7ª Turma)
GMEV/ME/iz/csn

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA PARTE RECLAMADA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N° 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONDUTA CULPOSA DA ADMINISTRAÇÃO. DANO SOFRIDO PELO EMPREGADO. NEXO CAUSAL. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL N° 246. SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TST. ÔNUS DA PROVA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA NA DECISÃO UNIPESSOAL AGRAVADA

I. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n° 760.931, submetido ao regime de repercussão geral, fixou a tese de que "*o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93*" (Tema 246).

II. A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, no julgamento dos Embargos E-RR-925-07.2016.5.05.0281, em sessão de julgamento realizada no dia 12/12/2019, firmou o entendimento de que incumbe ao ente público o encargo de demonstrar que atendeu às exigências legais de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. Sob tal perspectiva, assentou a SBDI-1 que, havendo registro no acórdão regional de ausência de prova ou de comprovação insuficiente da fiscalização do contrato, relativamente ao adimplemento das obrigações



PROCESSO Nº TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

trabalhistas pela empresa terceirizada, há que se impor ou manter, conforme o caso, a condenação subsidiária. Ressalva de entendimento deste Relator.

III. No caso dos autos, observa-se que a condenação subsidiária fundou-se na culpa da administração pública. Nesses termos, há que se reformar a decisão unipessoal agravada para não conhecer do recurso de revista interposto pelo ente público reclamado.

IV. Recurso de revista interposto pela parte reclamada de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008**, em que é Recorrente **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** e Recorrido **LUCIENE DA COSTA ROSA** e **LIDERANÇA LIMPEZA E CONSERVAÇÃO LTDA.**

Trata-se de agravo interno interposto pela **parte reclamante** em face de decisão unipessoal em que se deu provimento ao recurso de revista interposto pelo **ente público reclamado** para excluir a responsabilidade subsidiária que lhe foi imposta.

A publicação do acórdão regional deu-se na vigência da Lei nº 13.467/2017 (11/11/2017).

O Estado reclamado apresentou contraminuta.

É o relatório.

V O T O

I - AGRAVO INTERNO INTERPOSTO PELA PARTE RECLAMANTE

1. CONHECIMENTO



PROCESSO Nº TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

Atendidos os pressupostos de admissibilidade do agravo interno, dele **conheço**.

2. MÉRITO

2.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONDUTA CULPOSA DA ADMINISTRAÇÃO. DANO SOFRIDO PELO EMPREGADO. NEXO CAUSAL. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 246. SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TST. ÔNUS DA PROVA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA NA DECISÃO UNIPESSOAL AGRAVADA

Cabe registrar, inicialmente, que já houve manifestação sobre o reconhecimento da transcendência política da causa na decisão agravada.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **recurso extraordinário nº 760.931**, submetido ao regime de repercussão geral, fixou a seguinte tese no **Tema 246** da Tabela de Repercussão Geral:

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 (Tema 246, *leading case*: RE-760.931, julgado em 26/4/2017 e publicado no DJe-206 de 12/9/2017) (grifo nosso).

A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, analisando a questão específica do ônus da prova, no julgamento dos Embargos E-RR-925-07.2016.5.05.0281, em sessão de julgamento realizada no dia 12/12/2019, partindo da premissa de que o Supremo Tribunal Federal, ao firmar entendimento em regime de repercussão geral no Tema nº 246, não estabeleceu tese específica sobre as regras de distribuição do ônus da prova, fixou a diretriz de que incumbe ao ente público o encargo de demonstrar que atendeu às exigências legais de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços.



PROCESSO N° TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

Divisando-se **potencial conflito** entre a decisão agravada e o atual viés interpretativo conferido por esta Corte Superior às questões probatórias imanentes ao Tema de Repercussão Geral n° 246, há que se **dar provimento** ao agravo interno para proceder ao exame do recurso de revista.

Dou provimento ao agravo interno interposto pela **parte reclamante** para reapreciar o **recurso de revista** interposto pelo **ente público** Reclamado.

II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO ENTE PÚBLICO RECLAMADO

1. CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos extrínsecos de conhecimento, passo à análise dos requisitos intrínsecos de admissibilidade do recurso de revista.

1.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONDUTA CULPOSA DA ADMINISTRAÇÃO. DANO SOFRIDO PELO EMPREGADO. NEXO CAUSAL. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL N° 246. SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TST. ÔNUS DA PROVA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA

No caso dos autos, discute-se a responsabilidade subsidiária da administração Pública (tomadora de serviços) pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa contratada mediante licitação (prestadora de serviços).

Necessário cotejar, portanto, o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional com a decisão vinculante proferida no julgamento da ADC n° 16, com a tese fixada no Tema 246 da Tabela de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal e com a diretriz perfilhada na Súmula n° 331, V, do TST. Emerge, daí, a transcendência política da matéria.

Ante o exposto, reconheço a **transcendência política** do tema "responsabilidade subsidiária - ente público".



PROCESSO Nº TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

O ente público reclamado, nas razões do recurso de revista, alega que a mera inadimplência das verbas trabalhistas não gera a responsabilidade subsidiária.

Aponta ofensa aos arts. 5º, II, e 37, § 6º, da Constituição da República, 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, bem como a indicada contrariedade à Súmula 331, V, do TST.

Indica arestos para cotejo de teses.

Eis os fundamentos consignados no acórdão regional:

RECURSO ORDINÁRIO DO SEGUNDO RECLAMADO (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL)

(...)

2 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A sentença reconheceu a responsabilidade do segundo réu, Estado do Rio Grande do Sul, pelos créditos deferidos à autora, diante da sua condição de tomador de serviços e com fundamento na Súmula 331 do TST.

O segundo réu não se conforma. Afirma que inexistente responsabilidade subsidiária do ente público pelos débitos trabalhistas da empresa contratada mediante licitação, ao argumento de que tal condenação contraria direta e literalmente o disposto no artigo 5º, inciso II e artigo 37, caput, da CF, artigo 265 do CCB e artigos 70 e 71 da Lei 8.666/93. Cita precedentes. Sucessivamente, defende que as parcelas condenatórias são de responsabilidade exclusiva do empregador, pois passaram a ser devidas após o término da prestação de serviços.

Analisa-se.

A Administração Pública, quando firma contratos administrativos, deve observância aos princípios administrativos constitucionais, sendo responsável pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, quando atuam nessa qualidade (art. 37, §6º, da Constituição Federal).

O Estado do Rio Grande do Sul não controverte ter firmado contrato com a primeira demandada (LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA) para a prestação de serviços. Consoante os documentos juntados pelo próprio recorrente (ID 515fb69), restou demonstrada a prestação de serviços de auxiliar de serviços gerais junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Nesse aspecto, se a empresa contratada, ainda que mediante processo licitatório, não adimpliu as obrigações trabalhistas, atingindo direitos de terceiros de boa-fé, tal como a reclamante, os entes da Administração Pública que com ela pactuaram têm responsabilidade pelos



PROCESSO Nº TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

danos causados ao empregado, incidindo o previsto nos arts. 422 e 927, parágrafo único, parte final, do Código Civil.

A culpa in eligendo pode se verificar mesmo quando a contratação se dá mediante processo licitatório, já que as regras da licitação são definidas pelas tomadoras dos serviços, as quais devem estabelecer critérios que impeçam ou, pelo menos, desestimulem a participação de empresas sem condições de cumprir com as obrigações assumidas perante os trabalhadores. De se salientar ainda que a terceirização da mão de obra é faculdade da tomadora. Fossem os serviços executados por pessoal próprio, não haveria o risco de deixar o trabalho a cargo de empresa que não cumpre as obrigações perante os trabalhadores. Assim, a própria opção por terceirizar a mão de obra por intermédio de licitação mal feita também é reveladora da culpa in eligendo. Por tudo isso, independentemente da teoria da responsabilidade que se adote - se a integral ou do risco administrativo - o fato é que está demonstrado o nexo de causalidade entre o agir omissivo do ente público e o dano causado ao trabalhador.

Nesse sentido, não vingam as teses fundadas principalmente em disposições da Lei 8.666/93, com apoio na qual o recorrente busca eximir-se de qualquer responsabilidade. Ao revés, os arts. 57, do Decreto 2.300/86, e 67, da Lei 8.666/93, determinam que a execução dos contratos administrativos deve ser acompanhada e fiscalizada por representante da Administração, especialmente designado para tal. Esse comando, contudo, foi descumprido pelos Administradores Públicos, que permitiram que a reclamante entregasse sua força de trabalho de boa-fé sem fiscalizarem se o agente contratado estava, efetivamente, cumprindo o objeto do contrato de forma legal. Veja-se que foram constatadas irregularidades no cumprimento das normas trabalhistas, como diferenças de adicional de insalubridade, de grau médio para grau máximo, e salário-família. Portanto, a culpa in vigilando do tomador de serviços se confirma. Dessa forma, as ilegalidades geram a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul, que deve ressarcir os danos da trabalhadora, terceira de boa-fé, durante toda a relação contratual havida com a primeira reclamada.

A Súmula 331 do TST, recentemente alterada em decorrência do julgamento da ADC 16, respalda a decisão de origem, ao responsabilizar os entes públicos de forma subsidiária, pois os recorrentes não desempenharam a obrigação de fiscalizar o correto cumprimento do contrato, nos termos do art. 67, da Lei 8.666/93.



PROCESSO N° TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

Já a Súmula 11 deste Tribunal consiste em manifestação plenária acerca da questão discutida, no sentido de que o art. 71, §1º, da Lei 8666/93 não afasta, de antemão, toda e qualquer responsabilidade do ente público tomador de serviços por créditos devidos ao trabalhador. Note-se que não se está afirmando a responsabilidade direta da Administração, e sim meramente subsidiária. Não há assim violação à Súmula Vinculante 10 do STF.

A presente decisão confere interpretação conforme a Constituição Federal, técnica que não contempla declaração de inconstitucionalidade. A interpretação conforme busca dar à regra infraconstitucional interpretação que melhor se ajusta à Constituição, mantendo aquela regra na ordem jurídica. O art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 afeta o Direito Administrativo, regulando a relação estabelecida entre a Administração Pública e aqueles com quem o Poder Público celebra contratos administrativos. O dispositivo legal assegura, portanto, o direito de regresso da Administração Pública quanto a parcelas trabalhistas, o que deve ser discutido no Juízo competente. Os itens IV e V da Súmula 331 do TST estipulam a possibilidade de o trabalhador receber as parcelas pecuniárias a que faz jus dos tomadores de serviços, ainda que estes sejam a Administração Pública, caso evidenciada a conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666/93, presente o caráter privilegiado do crédito trabalhista. No presente caso, como já analisado acima, não restou comprovada a fiscalização pelo tomador de serviço sobre o cumprimento das obrigações contratuais e legais da empregadora.

Quanto à pretensão sucessiva de exclusão da condenação, é inviável, na medida em que o entendimento firmado no item VI da Súmula 331 do TST é justamente de que o tomador dos serviços responde subsidiariamente por todas as verbas deferidas à reclamante. A expressão constante no final do item VI ("referentes ao período da prestação laboral") inclui todas as parcelas que decorrem do trabalho, como verbas rescisórias e indenizações.

Provimento negado.
(fls. 337/339).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **recurso extraordinário n° 760.931**, submetido ao regime de repercussão geral, fixou a seguinte tese no **Tema 246** da Tabela de Repercussão Geral:

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



PROCESSO N° TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (Tema 246, *leading case*: RE-760.931, julgado em 26/4/2017 e publicado no DJe-206 de 12/9/2017) (grifo nosso).

A tese de repercussão geral fixada no Tema 246 reafirma a decisão vinculante proferida no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16.

Nessa diretriz, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário nº 760.931, com repercussão geral, no sentido de que “o que pode induzir à responsabilização do Poder Público é a comprovação de um **comportamento sistematicamente negligente** em relação aos terceirizados; ou seja, **a necessidade de prova do nexó de causalidade** entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador” (Voto do Ministro Alexandre de Moraes, fls. 320 a 323 do acórdão, citado no Terceiros Bem. Decl. no Recurso Extraordinário 760.931 Distrito Federal de Relatoria do Ministro Luiz Fux, tendo como Redator do acórdão o Ministro Edson Fachin).

Nesse sentido, manifestou-se a Ministra Carmén Lúcia, para a qual:

A alegada ausência de comprovação, em juízo, pela União, da efetiva fiscalização do contrato administrativo não substitui a necessidade de ‘prova taxativa no nexó de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador’. (...) para se afirmar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por aqueles encargos, **é imprescindível a prova taxativa do nexó de causalidade** entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha **comprovado peremptoriamente** no processo tal circunstância. **Sem a produção dessa prova subsiste o ato administrativo** e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem os seus quadros (Voto da Min. Cármen Lúcia, fls. 314 do acórdão principal citado no RE



PROCESSO N° TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

760931 ED-TERCEIROS/DF à fl. 11 de 34 de Relatoria do Ministro Luiz Fux, com redação do acórdão do Ministro Edson Fachin).

De par com isso, votou o Ministro Gilmar Mendes:

[...] perfilho esse entendimento ressaltando que a adoção, **seja do modelo de responsabilidade objetiva**, que era a primeira posição do enunciado do TST, **seja o modelo de culpa presumida com a prática que o TST adotou, violam claramente, sem nenhum reboço, a decisão do Supremo na ADC 16.** (Voto do Min. Gilmar Mendes, fls. 229 do acórdão principal citado no RE 760931 ED-TERCEIROS/DF à fl. 12 de 34 de Relatoria do Ministro Luiz Fux, com redação do acórdão do Ministro Edson Fachin).

E prosseguiu o Ministro Edson Fachin, Redator Designado dos embargos de declaração em apreço, ao dispor que:

[...] a corrente majoritária repudiou expressamente qualquer regime que transfira ao poder público o ônus de comprovar que não adotou conduta culposa, comissiva ou omissiva, causadora do resultado danoso aos empregados. **Não há que se falar, portanto, em inversão do ônus da prova ou culpa presumida**, pois o parágrafo primeiro do art. 71 da Lei 8.666/93, cuja constitucionalidade foi reconhecida por esta Corte, dispõe que a *“inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento”*.

Aliás, a esse respeito, bem observou o Min. Marco Aurélio no julgamento do mérito do Recurso Extraordinário que, a considerar-se a culpa presumida da Administração Pública no que diz respeito à fiscalização do adimplemento de obrigações trabalhistas dos contratados, “o Poder Público, que teve a responsabilidade excluída normativamente pelo artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, terá situação mais gravosa do que a das empresas que contratam serviços terceirizados do setor privado” (fls. 232 e 233 do acórdão) (Voto do Ministro Edson Fachin, no RE 760931 ED-TERCEIROS/DF à fl. 14 de 34).



PROCESSO Nº TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

Obtemperou ainda que:

[...]

A atribuição do ônus de provar a inexistência de culpa pelo inadimplemento à Administração Pública subverteria, ainda, a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Afinal, estar-se-ia inaugurando um regime de atuação ilegal a priori por parte dos agentes públicos que realizaram a contratação e acompanharam a execução da avença pelo particular. É inconcebível admitir que os sujeitos integrantes da Administração atuam, em regra, com desídia em suas funções, bem como que provocam rotineiramente o não pagamento dos empregados das sociedades contratadas (Voto do Ministro Edson Fachin, no RE 760931 ED-TERCEIROS/DF à fl. 14 de 34).

A ótica da decisão do Supremo Tribunal Federal tem, ademais, um **viés consequencialista**. A saber:

[...]

É necessário considerar, ainda, a ótica consequencialista decorrente de eventual atribuição do ônus da prova da inexistência de culpa ao poder público. Para tanto, é necessário recordar que o regime de contratação administrativa busca os seguintes objetivos sociais: (i) promover ganhos de eficiência e escala gerados pela desintegração vertical da atividade; (ii) estimular a concorrência no mercado; (iii) gerar, por conseguinte, oportunidades de trabalho. Consoante consignei por ocasião do julgamento do mérito, **Oliver Hart, Professor da Universidade de Harvard e prêmio Nobel de Economia**, demonstrou que a escolha entre efetuar uma transação no mercado – v. g., por contratação independente –, ou dentro da firma – v. g., por relação de emprego ou, no caso do Estado, estatutária –, também é informada pela satisfação dos envolvidos com as condições do contrato (custos de ressentimento – grievement costs), pela propensão de cada um a realizar a melhor performance possível (shading costs), pela titularidade do poder de escolha do método de produção, por quem será responsável pelos custos desse método, dentre outros. Nas palavras do autor, “a terceirização será provavelmente eficiente quando um contrato detalhado puder ser elaborado sobre a natureza do bem a ser entregue (...). Em contrapartida, se for difícil elaborar um contrato detalhado



PROCESSO N° TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

e o valor do comprador for muito sensível aos detalhes da produção, então a produção dentro da firma pode ser melhor” (tradução livre do trecho: *“outsourcing is likely to be efficient when a detailed contract can be written about the nature of the good to be delivered (...). In contrast, if a detailed contract is hard to write and B’s value is very sensitive to the details of production, then in-house production may be better”*. HART, Oliver. “Reference Points and the Theory of the Firm”. In: *Economica* (2008) 75, 404-411).

Sendo assim, o ponto de partida da análise sobre o ônus da prova deve ser o de que a terceirização é uma conduta socialmente benéfica, pois gera ganhos de eficiência dos quais se aproveitam a Administração, as empresas contratadas e os próprios trabalhadores (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 1-3, 183-184 e 191-193; PORTER, Michael E. *Competitive strategy: techniques for analyzing industries and competitors*. New York: Free Press, 1998. p. 300-323). Isso porque o regime de definição do ônus da prova se destina a redução ótima de erros judiciais, ou seja, busca a incidência das normas de material da forma mais fidedigna possível à realidade fática que deu origem ao processo. Consoante ensina Louis Kaplow, Professor da Harvard Law School, o exercício perfeito da jurisdição, sem erros judiciais, cria incentivos corretos para a obediência à lei, pois potenciais transgressores serão desestimulados ao anteciparem a incidência da sanção jurídica correspondente ao ato nocivo. Em contrapartida, uma jurisdição desconectada dos fatos desestimula atos benéficos, visto que agentes inocentes anteciparão a possibilidade de suas condutas serem interpretadas como transgressões (KAPLOW, Louis. “Burden of Proof”. In : 121 *Yale L.J.* 738, 2012).

Nessa linha, o objetivo das regras sobre ônus da prova é garantir que o máximo de informações sejam trazidas ao Judiciário com o mínimo de custos, a fim de gerar a redução mais eficiente possível de erros judiciais (HAY, Bruce; SPIER, Kathryn E. “Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective”. In: 26 *The Journal of Legal Studies* 413- 431, 1997). Assim, a definição da parte a quem compete, a princípio, a produção probatória, deve ter atenção aos seguintes fatores: (i) qual parte possui maior facilidade para produzir elementos de prova; (ii) como será o comportamento estratégico das partes em termos de colheita de informações e transmissão ao Juízo, considerando os ônus que lhes são imputados; e (iii) qual o impacto do erro judicial no comportamento social dos agentes, ou seja, quais os benefícios ou prejuízos experimentados pela sociedade em razão dos atos



PROCESSO Nº TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

benéficos ou nocivos que são estimulados ou desestimulados pelo exercício imperfeito da jurisdição

[...]

A partir desses parâmetros, é possível antever a repercussão social da atribuição de culpa presumida à Administração Pública.

[...]

No que diz respeito à facilidade para a coleta de informações, sabe-se que é enorme o custo necessário para que os poderes públicos criem estruturas destinadas à fiscalização das contratadas, tendo sido esse um dos principais aspectos pelos quais a corrente majoritária afastou a inversão do ônus da prova. Além da nomeação de mais servidores e designação de mais recursos públicos destinados especificamente à supervisão das terceirizadas, há um custo inerente à burocracia gerada durante a execução do contrato, tornando-o menos dinâmico e célere. Relativamente ao comportamento estratégico dos agentes, a inversão do ônus da prova também gera incentivos perversos. Primeiramente, o próprio empregado poderá deixar de acusar o inadimplemento de seus direitos trabalhistas no primeiro momento em que se evidenciar a atitude culposa da empresa terceirizada ou da Administração Pública. Esse foi precisamente o problema apontado pelo Min. Dias Toffoli no caso concreto que deu origem ao Recurso Extraordinário, verbis:

Durante o contrato da reclamante com a empresa terceirizada, ela não apresentou a reclamatória. Ela foi apresentada depois. A primeira reclamada, a empresa terceirizada não comparece, ré confessa. Tudo aquilo que foi alegado é presumido. A União não teria sequer elementos para fazer a defesa: se, por exemplo, a demissão foi com justa causa ou não, se estavam pendentes ou não aquelas verbas salariais e indenizatórias. (Voto do Min. Dias Toffoli, fls. 251 do acórdão)

Ainda no campo do comportamento estratégico, há ainda que se considerar o chamado “**risco moral**” (**moral hazard**) figura magistralmente demonstrada pela primeira vez pelo Professor do Departamento de Economia de Harvard Richard Zeckhauser (“Uncertainty and the Need for Collective Action”. In: The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PPB System, Joint Economic Committee, U.S. Congress, vol. 8, Washington, DC: U.S. Government Printing Office, 1969). A ideia básica no contexto da terceirização é a de que os gestores da empresa contratada, antecipando que a satisfação das suas obrigações trabalhistas será suportada pela Administração Pública em caso de inadimplemento, possuem incentivos para adotar condutas destinadas a debilitar a capacidade financeira da sociedade e conduzir os trabalhadores a demandarem em face do poder



PROCESSO Nº TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

público. **Noutras palavras, o regime de culpa presumida incentiva fraudes por parte de contratados e, inclusive, de empregados, considerada a facilidade na transferência da responsabilidade por obrigações trabalhistas ao poder público. Finalmente, quanto aos efeitos da presunção de culpa, mesmo em casos nos quais não houve qualquer conduta da Administração que contribuisse para o dano, tem-se que os gestores públicos serão desestimulados a realizar contratações administrativas de forma eficiente**, pois esses atos socialmente benéficos poderão ser interpretados como transgressões da lei no futuro. Tendo em vista a necessidade de investimentos em mais órgãos de controle para escrutinar continuamente as contratadas, como se fizessem parte da própria estrutura da Administração Pública, para evitar revezes injustos perante a Justiça trabalhista, a terceirização de atividades tornar-se-á absolutamente desinteressante – inclusive em situações nas quais a terceirização propiciaria a prestação de melhores serviços públicos e a criação de mais vagas de trabalho. **O resultado é o prejuízo líquido sistêmico a todos: contribuintes, usuários de serviços públicos, empresários e trabalhadores.** (Voto do Ministro Edson Fachin, no RE 760931 ED-TERCEIROS/DF à fl. 17 e 18 de 34).

Diante do exposto, pelo voto do Eminentíssimo Ministro Edson Fachin, nota-se que conduta culposa da Administração Pública não pode ser inferida meramente do inadimplemento dos encargos trabalhistas, com base no silogismo *“se a empregadora deve é porque o ente público não fiscalizou”*.

A condenação subsidiária pressupõe, portanto, fundamentação adequada acerca das circunstâncias de fato e de direito que demonstrem a existência de nexos causal entre o dano e a *faute du service*, no caso, *faute administrative*, sob pena de contrariedade à decisão vinculante proferida na ADC nº 16 e à tese fixada no Tema 246 da Tabela de Repercussão Geral do STF.

Não comprovada a relação de causalidade, sob o prisma de quaisquer das doutrinas que lhe dê suporte (teorias da equivalência das condições, da causalidade necessária ou da causalidade adequada), não há como se reconhecer a obrigação de indenizar, pois, sem a



PROCESSO Nº TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

demonstração cabal do nexos de causalidade exigida pelo Supremo Tribunal Federal, não há como imputar àquele que não causou o dano a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo empregado.

Entretanto, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, no julgamento dos Embargos E-RR-925-07.2016.5.05.0281, em 12/12/2019, partindo da premissa de que o Supremo Tribunal Federal, ao firmar entendimento em regime de repercussão geral no Tema nº 246, não estabeleceu tese específica sobre as regras de distribuição do ônus da prova, fixou a diretriz de que incumbe ao ente público o encargo de demonstrar que atendeu às exigências legais de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços.

Sob tal perspectiva, assentou a SBDI-1 que, havendo registro no acórdão regional da ausência ou da insuficiência de provas de fiscalização do contrato, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada, há que se impor ou manter, conforme o caso, a condenação subsidiária.

A respeito desse tema, em mais de uma oportunidade, externei o posicionamento de que a condenação subsidiária não pode fundar-se apenas na presunção, lastreada nas regras de distribuição do ônus da prova, de que o ente público não fiscalizou o contrato.

Necessária se faz, ainda, a **demonstração cabal do nexos de causalidade** exigida pelo Supremo Tribunal Federal, pois não há como imputar àquele que não causou o dano a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo empregado.

Dito de outro modo, o nexos de causalidade há de ser taxativo, com demonstração efetiva de quais parcelas foram inadimplidas e se estas são aquelas inerentes ao contrato, de trato sucessivo, como, por exemplo depósitos regulares de FGTS e salários.

O inadimplemento, por conseguinte, deve, na linha do que foi explicitado pelo STF, ser sistemático.



PROCESSO Nº TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

Nessa quadra de raciocínio, observa-se que há muitos casos em que o Tribunal Regional registra a ausência de prova ou a comprovação insuficiente da fiscalização do contrato administrativo, mas as verbas inadimplidas não poderiam ser objeto de fiscalização pela administração pública, como na hipótese de verbas rescisórias, conversão da justa causa em dispensa sem justa causa em juízo, etc.

Feita essa ressalva de entendimento, todavia, curvo-me ao posicionamento da maioria da 7ª Turma desta Corte Superior, para adotar a conduta ética de representar a compreensão da maioria sobre o julgamento feito pelo STF, atrelada à interpretação da SBDI-1 acerca do ônus da prova, embora com ela, em prol da independência funcional, no meu íntimo, divirja.

Acompanho, pois, o entendimento da douta maioria de que, diante do registro, no acórdão regional, de ausência de prova ou de prova insuficiente de fiscalização ou de que houve culpa da administração pública - conclusão que não pode ser afastada sem o revolvimento de fatos e provas (Súmula nº 126/TST), há que se impor ou manter, conforme o caso, a condenação subsidiária.

Retomando o caso concreto, constata-se que a condenação subsidiária fundou-se na culpa da administração pública.

Eis o excerto de interesse do acórdão regional:

A culpa in eligendo pode se verificar mesmo quando a contratação se dá mediante processo licitatório, já que as regras da licitação são definidas pelas tomadoras dos serviços, as quais devem estabelecer critérios que impeçam ou, pelo menos, desestimulem a participação de empresas sem condições de cumprir com as obrigações assumidas perante os trabalhadores. De se salientar ainda que a terceirização da mão de obra é faculdade da tomadora. Fossem os serviços executados por pessoal próprio, não haveria o risco de deixar o trabalho a cargo de empresa que não cumpre as obrigações perante os trabalhadores. Assim, a própria opção por terceirizar a mão de obra por intermédio de licitação mal feita também é reveladora da culpa in eligendo. Por tudo isso, independentemente da teoria da responsabilidade que se adote - se a integral ou do risco administrativo - o fato é que está



PROCESSO N° TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

demonstrado o nexo de causalidade entre o agir omissivo do ente público e o dano causado ao trabalhador.

Nesse sentido, não vingam as teses fundadas principalmente em disposições da Lei 8.666/93, com apoio na qual o recorrente busca eximir-se de qualquer responsabilidade. Ao revés, os arts. 57, do Decreto 2.300/86, e 67, da Lei 8.666/93, determinam que a execução dos contratos administrativos deve ser acompanhada e fiscalizada por representante da Administração, especialmente designado para tal. Esse comando, contudo, foi descumprido pelos Administradores Públicos, que permitiram que a reclamante entregasse sua força de trabalho de boa-fé sem fiscalizarem se o agente contratado estava, efetivamente, cumprindo o objeto do contrato de forma legal. Veja-se que foram constatadas irregularidades no cumprimento das normas trabalhistas, como diferenças de adicional de insalubridade, de grau médio para grau máximo, e salário-família. Portanto, a culpa in vigilando do tomador de serviços se confirma. Dessa forma, as ilegalidades geram a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul, que deve ressarcir os danos da trabalhadora, terceira de boa-fé, durante toda a relação contratual havida com a primeira reclamada..

(fl. 341).

Nesses termos, a **reforma** da decisão unipessoal agravada, para **não conhecer** do recurso de revista, é medida que se impõe.

Não conheço do recurso de revista interposto pelo ente público reclamado.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, à unanimidade, **(a) conhecer** do agravo interno interposto pela parte reclamante e, no mérito, **dar-lhe provimento** para reanalisar o recurso de revista; e **(b)** reformar a decisão unipessoal agravada para **não conhecer** do recurso de revista interposto pelo ente público reclamado.

Brasília, 18 de novembro de 2020.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

Firmado por assinatura digital em 19/11/2020 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO N° TST-RR-20980-83.2015.5.04.0008

EVANDRO VALADÃO
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1003EED4E0080A1EB8.