



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

A C Ó R D ã O

(8ª Turma)

BP/rt

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 8.666/1993. SÚMULA 331, ITEM V, DESTA CORTE. ÔNUS DA PROVA. Em face da plausibilidade da indicada afronta aos arts. 373, § 1º, do CPC e 818, § 1º, da CLT, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para o amplo julgamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento.

RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 8.666/1993. SÚMULA 331, ITEM V, DESTA CORTE. ÔNUS DA PROVA. A controvérsia reside em se saber a quem incumbe o ônus da prova da fiscalização do contrato e da configuração da conduta culposa, para fins de atribuição de responsabilidade subsidiária a ente da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas da prestadora de serviços. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16 e do RE 760.931, em que fixou tese de repercussão geral (Tema 246), explicitou que a atribuição de responsabilidade subsidiária a ente da Administração Pública não é automática e depende de prova efetiva de sua conduta culposa quanto à fiscalização do contrato de prestação de serviços. A SDI-1 desta Corte, por sua vez, no julgamento do Processo E-RR-925-07.2016.5.05.0281 (Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, sessão com quórum completo - Ac. DEJT de 22/5/2020), concluiu que o STF, no precedente de repercussão geral, não apreciou a questão concernente ao ônus da prova, por se tratar de matéria de natureza infraconstitucional. Logo,



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

considerando que a fiscalização do contrato celebrado com a empresa prestadora de serviços pelo ente da Administração Pública contratante é imposição de lei e considerando o princípio da aptidão para a prova, a SDI-1 fixou a tese de que incumbe à reclamada tomadora dos serviços o ônus da prova da efetiva fiscalização do contrato de prestação de serviços. Assim, merece reforma a decisão embargada que atribuiu à reclamante o ônus da prova da efetiva fiscalização do contrato de prestação de serviços. Ressalvado o entendimento pessoal do relator.

Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento.

INTERVALO INTRAJORNADA. É inviável o conhecimento do recurso de revista quando a parte recorrente não transcreve o trecho do acórdão do Tribunal Regional em que se consubstanciaria o prequestionamento da matéria suscitada em suas razões recursais. Incidência na espécie do art. 896, § 1º-A, inc. I, da CLT.

Recurso de revista de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-607-02.2017.5.06.0171**, em que é Recorrente **MARCOS ANTONIO SILVA DE MELO** e Recorridas **PETROBRAS TRANSPORTE S.A. - TRANSPETRO** e **KABALA ALIMENTOS EIRELI**.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra o despacho mediante o qual se denegou seguimento ao Recurso de Revista.

Procura-se, no Agravo, demonstrar o atendimento dos pressupostos para o processamento do Recurso obstado.

Contraminuta às fls. 684/691 e contrarrazões às 692/699.



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

O Recurso não foi submetido à emissão de parecer pelo Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

1. AGRAVO DE INSTRUMENTO

Foram satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade.

No Agravo de Instrumento, procura-se evidenciar a admissibilidade do Recurso de Revista, sob o argumento de que foram atendidos seus pressupostos recursais, conforme o disposto no art. 896 da CLT.

O Recurso de Revista teve seu processamento denegado, sob os seguintes fundamentos:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA / CULPA *IN ELIGENDO* E *IN VIGILANDO* / ÔNUS DA PROVA

INTERVALO INTRAJORNADA

Alegações:

- contrariedade à Súmula n.º 331, V, do C.TST;
- violação aos artigos 1º, IV, 5º, 22, XXVII, 37, XXI, e 170, caput, 173, §1º, III, 193, CF; 818 da CLT; 373, I e II, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC; 27 a 33, 54, 55, XIII, 58, III, 67, § 1º, e 71, §1.º, da Lei n.º 8.666/1993; 393 do CC; 5º da LINDB; e
- divergência jurisprudencial.

A parte recorrente insurge-se contra o acórdão hostilizado, que eximiu o tomador de serviços de responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas requeridas nesta demanda. Argumenta que é do tomador o dever de escolher empresa idônea e capaz de executar o objeto do contrato, decorrente da necessária observância ao processo licitatório, bem assim de fiscalizar a execução do ajuste, à luz dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Assevera que, na hipótese de omissão, conforme preconiza a decisão do STF na ADC n.º 16, deve o ente público ser responsabilizado.

Explica que não haveria sentido impor deveres com finalidades sociais nobres sem impor a devida sanção jurídica em caso de descumprimento.



PROCESSO Nº TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

Ressalta que a falta de cautela na seleção e na supervisão implica em conduta presumidamente dolosa/culposa da Administração Pública.

Quanto ao ônus da prova, aduz que, uma vez demonstrada a prestação de serviços, competia à recorrida demonstrar que realizou a devida fiscalização, em contraponto à alegação de sua inobservância, pois o adimplemento de uma obrigação é fato extintivo do direito pleiteado em Juízo. Assegura que entendimento contrário seria atribuir um encargo indevido ao trabalhador, praticamente impossível de ser atingido. Acrescenta, por último, que ao considerar que o banco demandado não se desincumbiu do ônus de demonstrar a concessão do intervalo intrajornada de uma hora, pede a reforma do acórdão, também nesse aspecto.

.....
Preambularmente, quanto ao intervalo intrajornada, verifico o absoluto divórcio entre os fundamentos do acórdão impugnado e os argumentos lançados no recurso de revista, na contramão do Princípio da Dialeiticidade inerente a todos os recursos, segundo o qual é imprescindível que as razões recursais guardem estreita afinidade com o fundamento da decisão recorrida. Nesse contexto, nos termos da Súmula nº 422, item I, do TST, o recurso que não refuta os fundamentos de fato e de direito da decisão recorrida deve ter sua admissão inviabilizada.

A revista não comporta processamento, também, no que concerne à responsabilidade subsidiária do ente público e distribuição do ônus da prova, pois, além de não vislumbrar as violações apontadas, observo que a decisão proferida pelo órgão fracionário está de acordo com os elementos probatórios dos autos e com a Súmula nº 331, V, do C.TST, consistindo o inconformismo, quando muito, em interpretação diversa daquela conferida pela Corte Revisanda. Além disso, as alegações lançadas pela parte, em sentido contrário, somente seriam aferíveis por meio de reexame fático, o que não é possível por esta via recursal (Súmula nº 126 do TST). Diante disso, a conclusão é pela inadmissibilidade do apelo, inclusive por dissensão jurisprudencial (Súmula nº 333 do TST).

Ainda que ultrapassados estes aspectos, melhor sorte não teria o recorrente em sua pretensão de ser recebida a revista por divergência jurisprudencial, ora porque oriunda de Turmas do TST, em desobediência à previsão do artigo 896, 'a', da CLT; ora porque não indicada a fonte de publicação, desatendendo ao regramento contido no art. 896, § 8º, da CLT, e na Súmula nº 337, do TST.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, DENEGO seguimento ao recurso de revista" (fls. 634/640) .

No Agravo de Instrumento, procura-se evidenciar a admissibilidade do Recurso de Revista, sob o argumento de que foram atendidos seus pressupostos recursais, conforme disposto no art. 896 da



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

CLT. Quanto ao mérito, o reclamante sustenta ser do ente público o ônus probatório (fls. 660). Aponta violação aos arts. 818 da CLT e 373, inc. II do CPC, indica contrariedade à Súmula 331, item V, do TST e transcreve aresto para confronto de teses.

A SDI-1 desta Corte, no julgamento do processo E-RR-925-07.2016.5.05.0281 (Ac. DEJT 22/5/2020), entendeu que o Supremo Tribunal Federal, no precedente de repercussão geral, não apreciou a questão concernente ao ônus da prova, por tratar-se de matéria de natureza infraconstitucional. Em face dessa premissa, a SDI afirmou incumbir à reclamada, tomadora dos serviços, o ônus da prova da efetiva fiscalização do contrato de prestação de serviços.

Verifica-se, assim, a plausibilidade da indicada afronta aos arts. 373, § 1º, do CPC e 818, § 1º, da CLT, aspecto suficiente a ensejar o provimento do Agravo de Instrumento.

Ante o exposto, CONHEÇO do Agravo de Instrumento e, no mérito, DOU-LHE PROVIMENTO para determinar o processamento do Recurso de Revista.

2. RECURSO DE REVISTA

Foram preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do Recurso de Revista.

2.1. CONHECIMENTO

2.1.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 8.666/1993. ÔNUS DA PROVA

O Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada, para “declarar a improcedência dos pedidos em face da TRANSPETRO, restando prejudicados os demais pleitos recursais” (fls. 578), consignando os seguintes fundamentos:



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

“Ratificada a legitimidade reconhecida em primeiro grau, tenho que o cerne da questão diz respeito a possibilidade de condenar subsidiariamente a recorrente, por integrar a Administração Pública Indireta.

Requer o recorrente, a exclusão da responsabilidade subsidiária ao qual condenado, aduzindo que contratada a primeira ré, KABALA ALIMENTOS EIRELI, mediante regular procedimento licitatório simplificado, bem como por ser ente público sujeito à regulamentação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, não pode ser transferida à Administração Pública a responsabilidade pelo inadimplemento de parcelas trabalhistas pela contratada.

O MM. Juízo sentenciante assim dispôs:

‘4. Da Responsabilidade da Litisconsorte

A responsabilidade da litisconsorte advém da vantagem obtida daquilo que de mais importante o empregado oferece como contraprestação dos salários: a sua força de trabalho.

Ela não decorre, evidentemente, da existência de vínculo empregatício, até porque, como bem ressaltou em sua defesa, o acesso à cargo e emprego público exige a aprovação prévia em concurso tal como dita o artigo 37, II da CF/88. A inidoneidade da contratada, no entender desse juízo, gera a responsabilidade da litisconsorte em razão da culpa *in eligendo* (art. 927 a 943 do CC).

Impende ressaltar que o do art. 71 da Lei nº 8.666/93, pressupõe a obediência das diretrizes do art. 31 c/c arts. 66 e seguintes e 77 e seguintes do mesmo diploma legal, sem olvidar que deve ser interpretado conforme o artigo 37, § 6º da CF/88.

Assim, como dito anteriormente, esse juízo comunga com o entendimento consolidado na Súmula 331, V, do TST, invocando-o para reconhecer a responsabilidade subsidiária da litisconsorte quanto aos títulos eventualmente deferidos em favor do reclamante.

Cumprе ressaltar ainda que na presente hipótese não há que se falar na aplicação das diretrizes da Súmula Vinculante n. 10 do STF porque, como dito anteriormente, esse juízo não vislumbra qualquer eiva de inconstitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93.

No tocante a Ação Direta de Constitucionalidade n. 16, o juízo chama a atenção para o fato de que o acórdão publicado apenas veda a responsabilização automática e imediata dos órgãos da administração pública relativamente ao descumprimento contratual de empresas de terceirização, o que significa dizer que a Suprema Corte não afastou a possibilidade de impingir responsabilidade decorrente de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Nesse sentido o juízo reproduz aresto proferido por este E. Regional:



PROCESSO Nº TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NÃO CONFIGURADA.
Ressalte-se que, segundo o presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, a declaração de constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei de Licitações na ADC nº 16, ‘não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa. (...) O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público’. Ainda, conforme o ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização de seus contratados gera responsabilidade. O Tribunal Superior do Trabalho, por seu turno, recentemente, alterou a sua Súmula nº 331, incluindo o item V, fazendo constar, desta feita, expressamente, a circunstância de que a responsabilidade da Administração Pública decorre da comprovação da culpa in vigilando do ente público, e não da mera inadimplência do empregador (prestador dos serviços). No entanto, no caso em apreço, não restou configurada a culpa in vigilando do ente público, razão pela qual os pedidos formulados pelo autor em face da segunda reclamada são improcedentes. Recurso provido. (Processo 0230900-42.2009.5.06.0141 - RO - 1ª Turma. Relatora Nise Pedrosa Lins e Sousa. Publicado em 01.09.11. Fonte: www.trt6.jus.br).

Cumprir acrescentar ainda que no aresto produzido pela Suprema Corte não foi enfrentado outro dado não menos relevante. É que a responsabilidade da administração pública em relação aos créditos trabalhistas de trabalhadores terceirizados é consagrada na Convenção 94 da OIT que consiste em norma advinda de tratado internacional que versa sobre direitos humanos, revestindo-se de caráter supralegal, nos exatos termos do verbete aprovado no XVI Congresso Nacional dos Magistrados Trabalhistas, verbis:

Terceirização no setor público, responsabilidade objetiva da administração pública e compatibilidade do julgado proferido na ADV n. 16/STF com a aplicação da Convenção n. 94 da OIT. Controle de convencionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93. Questão não enfrentada pelo STF quando do julgamento da ADC n. 16. Prevalência da responsabilidade da administração pública na condição de tomadora de serviços em relação aos créditos dos trabalhadores terceirizados, incluindo matéria acidentária e prestação de serviços em contratos de obras. Aplicação da Convenção 94 da OIT sobre cláusulas de trabalho em contratos com órgãos públicos, tratado internacional de direitos humanos, devidamente ratificado pelo Brasil e integrante do bloco de constitucionalidade ou, ao menos, com estatura de norma



PROCESSO Nº TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

supralegal e hierarquicamente superior à Lei de Licitações (fonte: www.anamatra.org.br).

Feitas todas essas considerações, o juízo declara que a litisconsorte deverá arcar com os créditos deferidos em favor do reclamante, o que significa dizer que o cumprimento da presente sentença se voltará em seu desfavor na hipótese de ocorrer a inadimplência da devedora principal.'

Necessária, no ponto, a modificação do *decisum*.

O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento no sentido de que a mera inadimplência das obrigações trabalhistas, por parte da empresa prestadora de serviços, contratada através de regular processo licitatório, não tem o condão de transferir à Administração Pública a responsabilidade subsidiária pelo adimplemento das obrigações supracitadas, em razão da vedação contida no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, impondo-se verificar, em cada caso, se houve ação ou omissão do ente capaz de provocar lesão ao patrimônio do trabalhador.

Incontroverso dos autos que foi firmado regular contrato de '*serviços de preparo e fornecimento de refeições, lanches, ceias, coffee breaks, café, chá, água mineral e sucos aos empregados da TRANSPETRO, no âmbito do terminal aquaviário de Madre de Deus*' entre a TRANSPETRO e a empresa KABALA ALIMENTOS EIRELI.

Oportuno destacar que a matéria já se encontrava superada no âmbito deste Regional, à vista do julgamento do Incidente de Uniformização Jurisprudencial nº 0000362-87.2015.5.06.0000, pacificando-se a possibilidade de se reconhecer '*a responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços, quando evidenciado culpa in eligendo e/ou in vigilando*', e atribuindo-se à '*tomadora de serviços o ônus probatório relativo ao efetivo exercício da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas*'.

Contudo, referido precedente está parcialmente superado pela decisão do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) nº 760.931, com repercussão geral, assim se manifestou:

'RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

*PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. 1. A dicotomia entre 'atividade-fim' e 'atividade-meio' é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as 'Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais' (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007). 2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores. 3. Histórico científico: Ronald H. Coase, 'The Nature of The Firm', *Economica (new series)*, Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados 'custos de transação', método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício. 4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de 'arquiteto vertical' ou 'organizador da cadeia de valor'. 5. A*



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas. 6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores. 7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas. 8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter erga omnes e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010. 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: '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



PROCESSO Nº TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93' (RE 760931, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-206 DIVULG 11-09-2017 PUBLIC 12-09-2017).

Assim, revendo posicionamento anterior, em consonância com recente decisão do Pretório Excelso, que conferiu nova interpretação para a regra de distribuição do ônus da prova, concluo que cabe ao autor o ônus de comprovar que a administração pública não fiscalizou a execução do contrato de prestação de serviços por ela celebrado, nem tomou as providências necessárias à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais pela prestadora de serviços.

.....
In casu, o autor não apresentou prova cabal de que o ente público negligenciou ou não fiscalizou o cumprimento das obrigações pela prestadora de serviços, razão pela qual dá-se provimento ao recurso, para declarar a improcedência dos pedidos em face da TRANSPETRO, restando prejudicados os demais pleitos recursais” (fls. 574/578).

Inconformado, o reclamante sustenta que demonstrou o inadimplemento das verbas trabalhistas, sendo da reclamada o ônus de comprovar o fato extintivo do direito, qual seja a efetiva fiscalização da reclamada quanto ao cumprimento das obrigações contratuais. Aponta violação aos arts. 818, § 1º, da CLT e 373, item II, do CPC. Indica contrariedade à Súmula 331, item V, do TST. Transcreve arestos para o confronto de teses.

A controvérsia reside em se saber a quem incumbe o **ônus da prova da fiscalização do contrato** e da configuração da conduta culposa, para fins de atribuição de responsabilidade subsidiária a ente da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas da prestadora de serviços.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16 e do RE 760931, em que fixou tese de repercussão geral (Tema 246), explicitou que a atribuição de responsabilidade subsidiária a ente da Administração Pública não é automática e depende de prova efetiva de sua conduta culposa quanto à fiscalização do contrato de prestação de serviços. Nesse sentido é o **Tema 246** do catálogo de repercussão geral:



PROCESSO Nº TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

"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."

E, ao apreciar o referido Recurso Extraordinário, concentrou seus fundamentos na seguinte ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.

1. A dicotomia entre ‘atividade-fim’ e ‘atividade-meio’ é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as ‘Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais’ (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007).

2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.

3. Histórico científico: Ronald H. Coase, *‘The Nature of The Firm’*, *Economica (new series)*, Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados ‘custos de transação’, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício.

4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de ‘arquiteto vertical’ ou ‘organizador da cadeia de valor’.

5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, *know-how* e estrutura, para setores e atividades distintas.

6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.

8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter erga omnes e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010.



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: ‘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’ (RE 760931, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-206 DIVULG 11-09-2017 PUBLIC 12-09-2017).

Visando ajustar a Súmula 331 desta Corte ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 16, esta Corte inseriu o item V na referida Súmula, mediante a Resolução 174/2011 (DEJT de 27, 30 e 31 de maio de 2011), especificando a hipótese em que se atribui responsabilidade subsidiária à administração pública, redigida nos seguintes termos:

“V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”

Restou evidenciada, assim, a **necessidade de efetiva prova da conduta culposa da administração pública** (tomadora dos serviços) quanto ao inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora dos serviços.

Veja-se, a propósito, trecho de decisão monocrática fundada precisamente no precedente da ADC 16, publicado no DJE de 6/12/2010, em que o Relator de Reclamação apresentada perante o Supremo Tribunal Federal contra decisão de Turma desta Corte **repudia a mera afirmação de que houve conduta omissiva** da Administração Pública, *verbis*:

“O próprio acórdão reclamado menciona o julgamento da ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 6.12.2010, no qual esta Corte declarou a compatibilidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 com a Constituição, mas, ainda assim, decide contrariamente ao entendimento firmado neste Tribunal.



PROCESSO Nº TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

Registre-se, todavia, que a alegação de conduta omissiva por parte da Administração Pública foi argumento utilizado para a edição da Súmula 331, IV, do TST, mas essa fundamentação não mais se sustenta após o julgamento da referida ADC 16, uma vez que é contrária à literalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993.

Ante o exposto, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar o acórdão reclamado e determinar que outro seja proferido em seu lugar, tendo em vista a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, proferida na ADC 16" (STF-Rcl-11.638, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 3/5/2011, decisão monocrática, sem grifos no original).

Ademais, **o Supremo Tribunal Federal** tem decidido que a responsabilidade da Administração Pública deve estar devidamente demonstrada e delimitada pelas circunstâncias do caso concreto, nos termos da decisão proferida na ADC 16 (ali não se afastou, de plano, a responsabilidade do poder público, ao contrário, submeteu-se o exame dessa responsabilidade, à luz da culpa do poder público), sendo inadmissível a inversão do ônus da prova em favor do empregado.

Nesse sentido, é o precedente do STF a seguir:

"EMENTA. Agravo regimental em reclamação. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública. ADC nº 16/DF. Ausência de comprovação do elemento subjetivo do ato ilícito imputável ao Poder Público. Agravo regimental não provido. **1. A inversão do ônus da prova a fim de se admitir a veracidade dos fatos alegados pelo trabalhador e se responsabilizar a empregadora direta pelas verbas trabalhistas pleiteadas são consequências processuais que não podem ser transferidas, ainda que subsidiariamente, ao Poder Público, cuja responsabilidade deve estar demonstrada e delimitada pelas circunstâncias do caso concreto.** 2. Ausência de comprovação do elemento subjetivo do ato ilícito imputável ao Poder Público. 3. Agravo regimental não provido." (STF-Rcl: 15003 PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe 6/6/2014, sem grifos no original).

Se dúvidas havia quanto à impossibilidade de inversão do ônus da prova e de condenação por mera presunção, estas foram dirimidas no julgamento dos Embargos de Declaração interposto no RE 760931, quando o Ministro Luiz Fux destacou, *in verbis*:

Firmado por assinatura digital em 25/02/2021 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-607-02.2017.5.06.0171

“A análise dos votos proferidos neste Plenário por ocasião do julgamento do mérito do Recurso Extraordinário revela que os seguintes parâmetros foram adotados pela maioria: (i) o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado não atrai a responsabilidade do poder público contratante; (ii) para que se configure a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, e necessária a comprovação inequívoca de sua conduta culposa e causadora de dano aos empregados do contratado; e (iii) é indevida a inversão do ônus da prova ou a presunção de culpa.”

E, ato contínuo, asseverou:

“(. . .) 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 a Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento’” .

Quanto ao ônus da prova, por fim, é de se registrar o seguinte trecho do voto do Ministro relator dos Embargos de Declaração:

“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 a 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 a supervisão das terceirizadas, há um custo inerente a 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



PROCESSO Nº TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

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 acordão)

Ainda no campo do comportamento estratégico, ha 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 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 contribuísse 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".

Destaco que o debate desse tema em sede de Reclamações constitucionais não é novo; lembre-se da decisão proferida na Reclamação 36128, de 29/11/2019, publicada no DJe-263 in DJe 3/12/2019, em cuja ementa se lê, *verbis*:

"RECLAMAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DA ATIVIDADE-FIM. ADPF Nº 324. RE 958.252-RG. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10. ART. 25, §



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

1º, DA LEI 8.987/95. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. RECLAMAÇÃO PREJUDICADA.

1. Vistos etc. 1. Trata-se de reclamação constitucional proposta por AeC Centro de Contatos S.A, com fundamento no artigo 102, I, 1º, da Constituição da República e no artigo 156 do RISTF, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 0001589-74.2012.5.03.0106, que teria violado a Súmula Vinculante 10, bem como afrontado a autoridade do quanto decidido na ADPF nº 324 e no RE nº 958.252-RG, ao declarar ilícita a terceirização de mão de obra realizada entre a ora reclamante e a empresa tomadora de serviços, de modo a reconhecer o direito ao tratamento isonômico entre os empregados da contratada com os da tomadora de serviços.

2. A reclamante sustenta que, ao aplicar o enunciado da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a autoridade reclamada negou vigência ao §1º do artigo 25 da Lei nº 8.987/1995, sem, contudo, declarar a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, vulnerando, dessa forma, a Súmula Vinculante nº 10 do STF.

Argumenta que na ADPF nº 324, esta Suprema Corte entendeu que 'É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada'.

Defende que deve ser aplicada ao caso a tese fixada no RE 958.252-RG, segundo a qual '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'.

4. A medida liminar foi deferida para suspender os efeitos da decisão impugnada até a decisão final na presente reclamação.

5. A autoridade reclamada prestou informações, nas quais assinala a existência de nova decisão no processo.

6. Dispensou a intimação do Procurador-Geral da República em decorrência do caráter repetitivo do litígio.

É o relatório.

Decido.

1. Extraio das informações prestadas pela autoridade reclamada que, posteriormente à concessão da medida liminar neste feito, o Tribunal Superior do Trabalho proferiu novo pronunciamento sobre a matéria, oportunidade em que deu provimento a agravo de instrumento em recurso de revista, de modo a declarar lícita a terceirização da atividade-fim e excluir todos os consectários da aplicação do princípio da isonomia com os empregados da empresa tomadora de serviços. Por oportuno, colaciono a mencionada decisão (destaquei):

**T – AGRAVOS DE INSTRUMENTO DAS RECLAMADAS.
EXAME CONJUNTO. MATÉRIA COMUM. PROVIMENTO.
TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM DA TOMADORA.
RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA DE CULPA.**



PROCESSO Nº TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

APLICAÇÃO DE DIREITOS DA CATEGORIA DO TOMADOR. INVIABILIDADE.

Potencializada a indicada contrariedade à Súmula nº 331, I, do TST, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o julgamento do recurso de revista.

Agravos de instrumento conhecidos e providos.

II - RECURSO DE REVISTA DA A&C CENTRO DE CONTATOS S.A. INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EXAME CONJUNTO. MATÉRIA COMUM. TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM DA TOMADORA. LICITUDE. APLICAÇÃO DE DIREITOS DA CATEGORIA DO TOMADOR. INVIABILIDADE.

A partir do julgamento do RE nº 958.252 e da ADPF nº 324 pelo Supremo Tribunal Federal, a matéria em discussão nestes autos (ilicitude da terceirização de atividade-fim) pacificou-se e encontra o seu norte nos termos da decisão vinculante daquela Corte Suprema, que, ao julgar o mérito da controvérsia atinente ao Tema 725 da repercussão geral, definiu a tese jurídica segundo a qual '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'. Assim, a decisão do Regional, naquilo em que aplicou a Súmula nº 331, I, do TST à hipótese encontra-se superada pela jurisprudência vinculante do Pretório Excelso, merecendo reforma o acórdão recorrido, a fim de decretar a licitude da terceirização e, por conseguinte, a ausência de vínculo direto com o tomador e os demais consectários daí decorrentes, a exemplo de direitos previstos em normas coletivas da categoria do tomador ou no regulamento interno da empresa, equiparação salarial, ou quaisquer outros que tenham como base jurídica de sustentação a irregularidade do contrato de terceirização de atividade-fim.

Recurso de revista conhecido e provido.

III - RECURSO DE REVISTA DA CEMIG DISTRIBUIÇÃO S.A - II - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. CONTRARIEDADE CONFIGURADA.

Ao julgar o precedente vinculante constituído pelo Tema 246 da Repercussão Geral (RE nº 760.931), o Supremo Tribunal Federal fixou a tese jurídica segundo a qual '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.' Com isso, o Pretório Excelso deixou claro que a dicção do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, apesar de constitucional, como delimitado por ocasião do julgamento da ADC nº



PROCESSO Nº TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

16, não representa o afastamento total da responsabilidade civil do Estado em contratos de terceirização, mas, ao revés, indica a existência de tal responsabilidade em caso de haver elementos de comprovação da culpa do ente público pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas da empresa terceirizada. **Por ser a ausência de fiscalização uma omissão culposa constitutiva do direito do reclamante, não cabe aqui presumir a culpa, seja pela simples ausência de provas da fiscalização por parte da entidade pública, seja pela inversão do ônus probatório, ou, ainda, pela atribuição da teoria da aptidão para a produção da prova.** Isso porque, é necessário que o reclamante traga aos autos, no mínimo, elementos indiciários da verossimilhança da alegação de omissão culposa, tais como atrasos e/ou descumprimento de obrigações gerais atinentes a verbas elementares de um contrato de trabalho ordinário, o que, em concreto, daria ensejo à constatação da culpa *in vigilando* por elementos de prova contidos nos autos, e não pela simples transferência do ônus probatório àquele cujo encargo processual é tão somente de defesa, sob a perspectiva dos fatos desconstitutivos da pretensão inicial. Na hipótese, o acórdão recorrido, com fundamento na presunção de culpa, condenou subsidiariamente o ente público, o que não se sustenta em face da *ratio decidendi* do precedente vinculante acima citado. Assim, a decisão em exame encontra-se em dissonância com o entendimento consolidado no item V da Súmula nº 331 do TST, à luz do que contido no precedente vinculante do Tema 246 da Repercussão Geral do STF, o que viabiliza o conhecimento do recurso de revista.

Recurso de revista conhecido e provido.

[...]

Os reclamados sustentam que a parte reclamante não exercia funções na atividade-fim do tomador, pelo que a aplicação da Súmula nº 331, I, do TST contraria os princípios da legalidade e da livre iniciativa. Apontam ofensa aos dispositivos invocados em sua minuta recursal, bem como contrariedade ao verbete jurisprudencial acima citado.

Com razão.

A partir do julgamento do RE nº 958.252 e da ADPF nº 354 pelo Supremo Tribunal Federal, a matéria em discussão nestes autos (ilicitude da terceirização de atividade-fim) pacificou-se e encontra o seu norte nos termos da decisão vinculante daquela Corte Suprema, que, ao julgar o mérito da controvérsia atinente ao Tema 725 da repercussão geral, definiu a tese jurídica segundo a qual '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'.



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

Assim, a decisão do Regional, naquilo em que aplicou a Súmula n° 331, I, do TST à hipótese encontra-se superada pela jurisprudência vinculante do Pretório Excelso, merecendo reforma o acórdão recorrido, a fim de decretar a licitude da terceirização e, por conseguinte, a ausência de vínculo direto com o tomador e os demais conseqüentários daí decorrentes, a exemplo de direitos previstos em normas coletivas da categoria do tomador ou no regulamento interno da empresa, equiparação salarial, ou quaisquer outros que tenham como base jurídica de sustentação a irregularidade do contrato de terceirização de atividade-fim. [...]

No mérito, conhecido o recurso de revista por contrariedade à Súmula n° 331, I, do TST, dou-lhe provimento para, reformando o acórdão recorrido, declarar a licitude da terceirização havida e excluir os conseqüentários daí decorrentes.

[...]

A questão em exame diz respeito à ‘responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço’, matéria cuja repercussão geral foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, com a afirmação da seguinte tese de mérito vinculante:

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. (grifei)

Com essa definição, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a dicção do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/1993, apesar de constitucional, não representa o afastamento da responsabilidade civil do Estado em toda e qualquer hipótese, mas, ao revés, indica a existência de tal responsabilidade em caso de prova da culpa do ente público, tal e qual já havia sido decidido pela mesma Corte por ocasião do julgamento da ADC n° 16, e reafirmado por meio das diversas manifestações de voto que construíram as razões de decidir do precedente de repercussão geral em comento. [...]

Na sessão do dia 26/04/17 (fls. 336-345 do acórdão referente ao RE 760.931), o Supremo Tribunal Federal, ao aprovar a tese do Tema 246, entendeu por não definir no dispositivo expresso do precedente quais hipóteses de culpa comprovada ensejariam a responsabilização da Administração Pública, convergindo no entendimento, contudo, de que a regra geral leva à ausência de responsabilidade decorrente do inadimplemento de encargos trabalhistas dos empregados do contratado, salvo demonstração (não presumida) de inobservância do dever legal da Administração pública em relação a tais contratos. [...]

Tecidas tais considerações sobre o precedente, conclui-se que a tese jurídica fixada é no sentido de que, apesar de não haver espaço para a responsabilização objetiva (‘automática’) do Estado em matéria



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

de inadimplemento contratual de terceiros que prestam serviços terceirizados à Administração Pública, esta se mostra possível nos casos concretos em que a culpa do ente da Administração Pública tenha restado devidamente configurada, como inobservância do dever legal de vigilância em relação aos contratos firmados com terceiros.

Com isso, o que se tem de preciso e vinculante no precedente em questão, como parte integrante de sua *ratio decidendi*, é a definição de que a culpa do ente público deve ser objeto de exame circunstanciado da instância julgadora e estar devidamente consignado em suas razões de decidir, evitando assim a dita transferência automática da responsabilidade ao ente público.

Daí porque chego à conclusão, à luz do referido precedente, que, **por ser a ausência de fiscalização uma omissão culposa constitutiva do direito do reclamante, não cabe aqui presumir a culpa, seja pela simples ausência de provas da fiscalização por parte da entidade pública, seja pela inversão do ônus probatório, ou, ainda, pela atribuição da teoria da aptidão para a produção da prova.**

Isso porque, é necessário que o reclamante traga aos autos, no mínimo, elementos indiciários da verossimilhança da alegação de omissão culposa, tais como atrasos e/ou descumprimento de obrigações gerais atinentes a verbas elementares de um contrato de trabalho ordinário, o que, em concreto, daria ensejo à constatação da culpa in vigilando por elementos de prova contidos nos autos, e não pela simples transferência do ônus probatório àquele cujo encargo processual é tão somente de defesa, sob a perspectiva dos fatos desconstitutivos da pretensão inicial. [...]

2. O pedido formulado na inicial colimava a adequação da decisão reclamada ao entendimento desta Casa, proferido ao julgamento da ADPF n° 324 e do RE n° 958.252-RG, bem como o afastamento da violação da Súmula Vinculante n° 10.

3. Diante do novo posicionamento da Corte de origem, cuja decisão se encontra em consonância com o entendimento desta Suprema Corte, evidente a perda de objeto do presente feito.

4. Ante o exposto, forte no art. 21, IX, do RISTF, casso a medida liminar anteriormente concedida e julgo prejudicada a reclamação, por perda superveniente de objeto. Intimem-se. Publique-se. Brasília, 29 de novembro de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora” (Rcl 36128, Relator(a) : Min. ROSA WEBER, julgado em 29/11/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-263 DIVULG 02/12/2019 PUBLIC 03/12/2019)

Registro, ainda, recentes decisões da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que no julgamento de Reclamações



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

Constitucionais, reformou decisões desta Corte fundamentadas no entendimento de que o ônus da prova incumbe à tomadora:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE ATRIBUIU RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA AO ESTADO DO MARANHÃO SEM A DEMONSTRAÇÃO DE COMPORTAMENTO SISTEMATICAMENTE NEGLIGENTE OU DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO PODER PÚBLICO E O DANO SOFRIDO PELO TRABALHADOR. ALEGADA VIOLAÇÃO À ADC 16 AO RE 760.931. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. Por ocasião do julgamento do RE 760.931, sob a sistemática da Repercussão Geral, o Plenário desta SUPREMA CORTE afirmou que **inexiste responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador.** 2. No caso sob exame, não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente do agravante, tampouco há prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador, a revelar presunção de responsabilidade do reclamante, conclusão não admitida por esta CORTE quando do julgamento da ADC 16. 3. Recurso de agravo a que se dá provimento”. (Rcl 36836 ED-Agr, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 14/02/2020, DJe-051, 10-03-2020, sem grifo no original)

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE ATRIBUIU RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA À RECLAMANTE SEM A DEMONSTRAÇÃO DE COMPORTAMENTO SISTEMATICAMENTE NEGLIGENTE OU DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO PODER PÚBLICO E O DANO SOFRIDO PELO TRABALHADOR. ALEGADA VIOLAÇÃO AO QUE DECIDIDO NA ADC 16 E NO RE 760.931. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. Por ocasião do julgamento do RE 760.931, sob a sistemática da Repercussão Geral, o Plenário desta SUPREMA CORTE afirmou que **inexiste responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador.** 2. No caso sob exame, não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente da agravante, tampouco há prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador, a revelar presunção de responsabilidade da reclamante, conclusão não admitida por esta CORTE quando do julgamento da ADC 16. 3. Recurso de agravo ao qual se dá



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

provimento". (STF, AgReg. Rcl 34.503/MG, Rel. Min. Rosa Weber, Redator Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, Julg. 11/05/2020, DJE n° 125, de 20/05/2020, sem grifo no original).

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na sessão realizada no dia 8/9/2020, ao julgar as reclamações constitucionais Rcl. 40652, Rcl 36958 e Rcl. 40759, apreciou desde logo o mérito das ações respectivas e excluiu a responsabilidade subsidiária atribuída ao ente da Administração Pública reclamado em cada uma delas.

Assim, considerando os fundamentos expostos no julgamento do RE 760.931-DF, a supremacia do interesse público sobre o privado e o disposto no art. 818 da CLT, relativamente ao ônus da prova sobre os fatos alegados em juízo, no meu entender, não há como afastar-se da premissa de que compete ao reclamante a comprovação de que a Administração Pública tenha sido negligente na fiscalização do contrato quanto à observância das normas trabalhistas a cargo da empresa prestadora de serviços.

Em conclusão, a demonstração da culpa deve advir do exame das provas existentes nos autos a revelar culpa *in vigilando* da Administração Pública na fiscalização da empresa prestadora de serviços no que se refere ao regular cumprimento das obrigações trabalhistas para com os empregados que executaram os serviços contratados, sendo inadmissível a inversão do ônus da prova em favor do reclamante com o objetivo de atribuir a responsabilidade subsidiariamente o ente da Administração Pública, tomador dos serviços.

Entretanto, a SDI-1 desta Corte, no julgamento do processo E-RR-925-07.2016.5.05.0281 (Ac. DEJT 22/5/2020), entendeu que o Supremo Tribunal Federal, no precedente de repercussão geral, não apreciou a questão concernente ao ônus da prova, por tratar-se de matéria de natureza infraconstitucional. Em face dessa premissa, a SDI afirmou incumbir à reclamada, tomadora dos serviços, o ônus da prova da efetiva



PROCESSO Nº TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

fiscalização do contrato de prestação de serviços. Os fundamentos da decisão foram concentrados na seguinte ementa:

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. *RATIO DECIDENDI*. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE nº 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese, com 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’. O exame da *ratio decidendi* da mencionada decisão revela, ainda, que a ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, autoriza a responsabilização do Poder Público. Após o julgamento dos embargos de declaração e tendo sido expressamente rejeitada a proposta de que fossem parcialmente acolhidos para se esclarecer que o ônus da prova desse fato pertencia ao empregado, pode-se concluir que cabe a esta Corte Superior a definição da matéria, diante de sua natureza eminentemente infraconstitucional. Nessa linha, a remansosa e antiga jurisprudência daquele Tribunal: AI 405738 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., julg. em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min. Rosa Weber, 1ª T., julg. em 02/12/2014; ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. em 11/11/2019. Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permitiu, por conseguinte que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa *in vigilando*. Por esse fundamento e com base no dever ordinário de fiscalização da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, *caput* e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços. No caso, o Tribunal Regional consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público são insuficientes à prova de que houve diligência no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia. A



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

Egrégia Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual merece reforma a decisão embargada, a fim de restabelecer o acórdão regional. Recurso de embargos conhecido e provido". (E-RR-925-07.2016.5.05.0281 - Rel. Min. Claudio Mascarenhas Brandao, Ac. SDI-1 *in* DEJT de 22/5/2020).

Assim ressalvo meu entendimento e, por disciplina judiciária, CONHEÇO do Recurso de Revista por violação aos arts. 373, § 1º, do CPC e 818, § 1º, da CLT.

2.1.1. INTERVALO INTRAJORNADA

O Recurso de Revista que se pretende processar foi interposto da vigência do art. 896 da CLT com a redação conferida pela Lei 13.015/2014. Portanto, faz-se necessário examinar o cumprimento dos pressupostos previstos no art. 896, § 1º-A, incs. I, II e III, da CLT, que expressam:

“§ 1º-A. Sob pena de não conhecimento, é ônus da parte:

I - indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista;

II - indicar, de forma explícita e fundamentada, contrariedade a dispositivo de lei, súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho que conflite com a decisão regional;

III - expor as razões do pedido de reforma, impugnando todos os fundamentos jurídicos da decisão recorrida, inclusive mediante demonstração analítica de cada dispositivo de lei, da Constituição Federal, de súmula ou orientação jurisprudencial cuja contrariedade aponte.”

Nos termos do § 1º-A do art. 896 da CLT, é ônus da parte, sob pena de não conhecimento do Recurso de Revista, demonstrar, mediante a transcrição do trecho específico da decisão recorrida para cada tema, a tese jurídica debatida, visto que a violação a dispositivo de lei ou da Constituição da República e a contrariedade a súmula ou a orientação jurisprudencial apontadas devem estar vinculadas ao fundamento jurídico adotado pelo Tribunal Regional.

Assim, só é viável o conhecimento do Recurso de Revista quando, para cada um dos temas, é transcrito o trecho específico do acórdão proferido pelo Tribunal Regional, em que se consubstanciaria



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

o prequestionamento da controvérsia objeto das razões recursais (fundamento jurídico).

No caso concreto, a reclamada deixou de indicar, em seu Recurso de Revista, com a devida transcrição, o trecho da decisão recorrida que configura o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso denegado, de forma que as exigências processuais contidas no art. 896, § 1º-A, inc. I, da CLT não foram satisfeitas.

Não foram preenchidos, portanto, os pressupostos previstos no art. 896, § 1º-A, inc. I, da CLT.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do Recurso de Revista.

2. MÉRITO

2.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 8.666/1993. ÔNUS DA PROVA

Em face do conhecimento do Recurso de Revista por violação aos arts. 373, § 1º, do CPC e 818, § 1º, da CLT, DOU-LHE PROVIMENTO para restabelecer a sentença de Primeiro Grau quanto à responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços (Transpetro).

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I - dar provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista; II - conhecer do Recurso de Revista quanto ao tema "responsabilidade subsidiária - ônus da prova" por violação aos arts. 373, § 1º, do CPC e 818, § 1º, da CLT, e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença de Primeiro Grau quanto à responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços (Transpetro), ressalvado o entendimento pessoal do relator.

Brasília, 24 de fevereiro de 2021.



PROCESSO N° TST-RR-607-02.2017.5.06.0171

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

JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA

Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1004051E7BA813DF59.