



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E- RR-925-07.2016.5.05.0281

Embargante: ELIANA DOS SANTOS REIS e

Embargados: ESTADO DA BAHIA e CONTRATE GESTÃO EMPRESARIAL
EIRELI.

GMALR/vln

(VOTO DIVERGENTE)

Ministro Alexandre Luiz Ramos

Trata-se de recurso de embargos interposto em face de decisão proferida pela 3ª Turma desta Corte, que deu provimento ao recurso de revista do segundo Réu - Estado da Bahia - para afastar a responsabilidade subsidiária do Poder Público.

Em seu recurso, a Reclamante, ora Embargante, sustenta ser do Poder Público tomador de serviços o **ônus da prova da fiscalização** do contrato e das medidas adotadas, a fim de evitar danos que lhe foram causados, em virtude do inadimplemento das obrigações dele decorrentes. Aponta violação dos artigos 97 e 102, § 2º, da CF e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Indica contrariedade à Súmula nº 331, V, do TST e à Súmula Vinculante nº 10 do STF. Transcreve arestos para o confronto de teses

O Ministro Relator propôs o conhecimento e provimento do recurso ao fundamento de que, a partir da nova manifestação do Supremo Tribunal Federal, retomou a compreensão que sempre teve a respeito do tema, no sentido de ser do tomador de serviços o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços, com base no dever ordinário que lhe é atribuído. E que a mesma Lei que estabelece a ausência de responsabilização automática da Administração Pública pela falta de cumprimento da obrigação, contém, no artigo 58, III, a prerrogativa e o dever que lhe são atribuídos de fiscalização do contrato, como também prevê, no artigo 66, o dever de fiscalização, a cargo de pessoa especialmente designada, além de indicar como causa de extinção do contrato o desatendimento das determinações da autoridade designada para fiscalizar o contrato, desta feita no artigo 78, VII, com retenção de parcelas resultantes de convênio, se não observadas recomendações da fiscalização. Afirma que



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

a questão jurídica pertinente ao ônus da prova não integrou a controvérsia originariamente levada à sua apreciação, o que ficou esclarecido no julgamento dos embargos de declaração. Reputa que, 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.

Passo à análise.

Na hipótese dos autos, a C. 3ª Turma conheceu do recurso de revista interposto pelo segundo réu - Estado da Bahia, quanto ao tema responsabilidade subsidiária, por violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93; no mérito, deu-lhe provimento para afastar a responsabilidade subsidiária do Poder Público e julgou, quanto ao ente público, improcedentes os pedidos formulados na presente ação. Consignou, para tanto, os seguintes fundamentos:

“ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA.

O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo Estado da Bahia, sob os seguintes fundamentos, transcritos e destacados nas razões de recurso de revista (art. 896, § 1º-A, I, da CLT):

‘Na medida em que a Administração Pública se torna beneficiária direta da força-trabalho dos empregados da empresa contratada, mas negligencia o cumprimento da lei, que impõe não apenas a fiscalização das ações da prestadora, mas subordina a liberação das respectivas faturas à comprovação do adimplemento regular do contrato (art. 58, III e IV, Lei 8.666/93), sua conduta culposa in vigilando autoriza atribuir-lhe o dever de garantir, subsidiariamente, o cumprimento de tais encargos, conforme a construção jurisprudencial sintetizada na Súmula 331 do TST, sem prejuízo da ação regressiva que couber contra o obrigado.

É pertinente acrescentar que tal responsabilidade não se atrita com a sistemática da Lei nº 8666/93, mas, ao contrário, encontra largo amparo no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. No particular, a ‘Lei de Licitações’ prescreve apenas que o inadimplemento da prestadora de serviços não transfere, automaticamente, a responsabilidade para o tomador, ente da administração pública, ao passo que



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

a responsabilidade subsidiária somente se opera quando a prestadora não possua bens suficientes para adimplir seus débitos trabalhistas em sede de cumprimento do julgado.

Vale também consignar que, por efeito do julgamento da ADC nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal, com foco no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, o Tribunal Superior do Trabalho compatibilizou a Súmula 331 de sua jurisprudência com o referido decisum, mediante a edição do item V, verbis:

(...)

O inadimplemento culposo do contrato de trabalho terceirizado, ao mesmo tempo em que revela, por si somente, o mau empregador, respinga sobre o tomador do serviço, que o selecionou e, ao contratá-lo, assumiu o dever legal de fiscalizar a execução do contrato. Já por aí, impunha-se à segunda reclamada o ônus de demonstrar o exato cumprimento desse dever, para eximir-se do efeito reflexivo da responsabilidade trabalhista diretamente atribuída ao empregador inadimplente.

Neste sentido, observa-se o teor da Súmula nº 41 deste Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região:

‘SÚMULA TRT5 nº 41 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Recai sobre a Administração Pública direta e indireta o ônus de demonstrar que fiscalizava o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora’.

No caso concreto, constata-se que o tomador agiu com leniência, senão negligência, na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da contratada em relação aos trabalhadores que lhe prestavam serviços, incluído o reclamante.

Com relação aos documentos juntados aos autos pelo recorrente com sua defesa, afiguram-se insuficientes à prova de que o mesmo fora diligente no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada em face do reclamante, apesar de estar a tanto obrigado por lei, o que, se efetivamente cumprido, não teria ensejado o inadimplemento dos haveres trabalhistas da autora reconhecidos nesta ação.

Força é concluir, diante desse quadro de descabro e precarização do pacto laboral, que o segundo reclamado, na qualidade de tomador e beneficiário dos serviços prestados pelo reclamante, não somente negligenciou os deveres de eficiência e cautela, ao selecionar e contratar empresa inidônea, incidindo em culpa in eligendo, mas também desdenhou de seu dever legal de fiscalizar a execução do



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

contrato, inclusive o cumprimento das obrigações da contratada perante os trabalhadores ali empregados, em razão do que também deve responder por sua culpa in vigilando, a teor dos artigos 186 e 187 do Código Civil, na diretriz do item V da Súmula 331 do TST.

Avulta, assim, a responsabilidade subsidiária do segundo reclamado, abrangendo todos os direitos trabalhistas inadimplidos pela empregadora do autor, indistintamente.

Item de recurso. Nega-se provimento.'

Em recurso de revista, o segundo reclamado pretende a exclusão da responsabilidade subsidiária que lhe foi atribuída.

Sustenta a impossibilidade da condenação imposta, em razão do julgamento da ADC nº 16 pelo STF. Alega que o ônus de provar a culpa é da reclamante.

Aponta violação dos arts. 5º, II, LIV e LV, e 37, XXI, §§ 2º e 6º, da Constituição Federal, 818 da CLT, 373, I, do CPC e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e contrariedade à Súmula 331, IV e V, do TST. Colaciona arestos."

Diante da salvaguarda inscrita no art. 71 da Lei nº 8.666/93, a responsabilidade subjetiva e subsidiária da Administração Pública Direta ou Indireta encontra lastro em caracterizadas ação ou omissão culposa na fiscalização e adoção de medidas preventivas ou sancionatórias ao inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas prestadoras de serviços contratadas (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93).

Não se está em campo de cogitação do adimplemento das obrigações regulares e ínsitas ao contrato administrativo decorrente de licitação, mas, com olhos também postos no quanto dispõem os arts. 1º, incisos III e IV, e 170 da Constituição Federal, na trilha de evidência de culpa in vigilando e da consequente responsabilidade civil, pela omissão no poder-dever de fiscalizar.

Por outra face, o STF, ao apreciar a Ação Declaratória de Constitucionalidade 16-DF (Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 24.11.2010 e publicado no DJe de 9.9.2011), concluiu ser necessária, para o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, a efetiva demonstração de culpa, na linha da teoria da responsabilidade subjetiva extracontratual, não se aplicando, ao caso, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

Sempre decidi no sentido de que cabe à Administração Pública apresentar as provas necessárias à demonstração de que fiscalizou a execução do contrato administrativo.

De fato, obrigada à posse dos documentos que seriam próprios ao dever de acompanhamento do contrato (art. 58, III, da Lei nº 8.666/1993), o Estado assume o *onus probandi*, ao alegar fato que poderia modificar o direito alegado (arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC/1973).

O poder-dever constitucional de zelar pela correta aplicação dos recursos públicos, inclusive aqueles relativos a contratos e convênios de prestação de serviços, recai sobre a Administração Pública e não sobre o particular (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/1993).

Assim sendo, é o Ente Público que possui recursos probatórios (documentos, processos administrativos etc.) capazes de comprovar a eficiente fiscalização da execução do contrato administrativo, sendo que não há razão para a não apresentação desses elementos probatórios em juízo. De outra face, é evidente que o cidadão-trabalhador não tem em sua posse os processos administrativos relativos à licitação (ou sua dispensa), às multas administrativas eventualmente aplicadas ou aos procedimentos de retenção de créditos e garantias (art. 80, III e IV, da Lei nº 8.666/1993).

Portanto, a inércia e recusa deliberada do Ente Público em demonstrar documentalmente o cumprimento de um dever que a Lei lhe impõe – o de fiscalizar a correta execução do contrato administrativo – não pode servir como obstáculo ao direito pleiteado pela parte adversa, uma vez que, ao litigar com o particular, é dever da Administração Pública ‘expor os fatos em juízo conforme a verdade’ (art. 14, I, do CPC/1973) e proceder com lealdade e boa-fé.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 760.931, com repercussão geral, atribuiu o ônus da prova da ausência de fiscalização ao trabalhador.

Assim, em respeito ao decidido, curvo-me ao entendimento do STF acerca da matéria.

No presente caso, o Regional consignou que o Estado da Bahia não produziu prova acerca da efetiva fiscalização, não evidenciando qualquer elemento que, na visão do STF, permita concluir pela existência de culpa in vigilando, circunstância que recusa a condenação subsidiária.

Ante o exposto, verifica-se potencial violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, razão pela qual dou provimento



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista.

II – RECURSO DE REVISTA.

Tempestivo o apelo (fl. 493-PE), regular a representação (Súmula 436/TST) e isento de preparo (CLT, art. 790-A e DL 779/69, art. 1º, IV), estão preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade.

1 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA.

1.1 – CONHECIMENTO.

Reporto-me às razões de decidir lançadas quando da análise do agravo de instrumento, para consignar que o recurso de revista merece conhecimento, por violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

1.2 - MÉRITO.

Conhecido o recurso, por violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, dou provimento, para afastar a responsabilidade subsidiária do Estado da Bahia, julgando, quanto a ele, improcedente a reclamação.” (fls. 547/551 – destaquei)

Tem-se que a questão debatida nos autos foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, seja no julgamento da ADC 16, seja no Tema nº 246 da Tabela de Repercussão Geral daquela Corte.

Na minha compreensão, o que está em discussão no presente caso é a efetividade da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Não é novidade que o atual CPC consolida o atual estágio do sistema de precedentes no Direito brasileiro, a partir da necessidade de garantir segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade nas relações jurídicas.

No caso das decisões do Supremo, já havia efeito vinculante e eficácia *erga omnes* quando das decisões plenárias tomadas em controle concentrado (ADI, ADC e ADPF), conforme expressa disposição do § 2º do art. 102 da Constituição:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

No controle de constitucionalidade, o Supremo pode, em linhas gerais, adotar uma das seguintes medidas, declarando a norma: (a) **constitucional** ou (b) **inconstitucional**: b.1) **Total** - com redução de texto - se reduz (retira) do ordenamento jurídico a lei ou sua parte inconstitucional, ou b.2) **Parcial**: sem redução de texto, preservando a presunção de constitucionalidade da normas jurídicas, nas seguintes hipóteses: **Situação conforme**: é inconstitucional se aplicada em **situação** tida por inconstitucional pelo Supremo. Assim, a norma só é válida se aplicada na situação fixada pelo STF como de incidência da norma, e não a outras situações, ou **interpretação conforme**: é inconstitucional se aplicada num **sentido** tido por inconstitucional pelo Supremo, ou seja, com uma interpretação tida pelo Supremo como inconstitucional. Assim, a norma só é válida se aplicada com o sentido interpretativo fixado pelo STF.

Igualmente, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, na linha da redação anterior do § 2º do art. 102 da Constituição, introduzido pela EC nº 3, de 1993, no seu art. 28, parágrafo único, prevê o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, **têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.**

A partir da decisão do Supremo, toda decisão judicial superveniente deve observar tal entendimento, **sob pena de padecer de vício qualificado de inconstitucionalidade.**

O efeito vinculante tem matriz constitucional (art. 102, § 2º) e a legislação processual infraconstitucional estabelece os efeitos da



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

inexigibilidade de obrigações fundadas em título executivo judicial que tenha contrariado tese fixada pelo Supremo. O CPC de 1973 já trazia regras nesse sentido, conforme podia-se constatar nos artigos 475-L, inc. II, § 1º - para as execuções entre particulares - e 741, inc. II, parágrafo único - para a execução contra a fazenda pública:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

[...] II – inexigibilidade do título;

[...] § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

[...] Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

[...] II – inexigibilidade do título;

[...] Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

A CLT, desde 2001, também já contemplava a referida inexigibilidade:

Art. 884. Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação.

[...] § 5º Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

O atual CPC esclarece e amplia tal regramento, nos artigos 525, § 1º, inc. III, §§ 12 a 15, e 535, inc. III, §§ 5º a 8º:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

[. . .] III – inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

[. . .] § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, **considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.**

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. **A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.**

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, **cabará ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.**

[. . .]

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

[. . .]

III – inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

[. . .]

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do *caput* deste artigo, **considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.**



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. [grifos nossos]

Não resta dúvida que as decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal em **controle concentrado** têm efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, seja por força da própria Constituição, seja pela legislação infraconstitucional.

Contudo, o advento do atual CPC consolida que também as decisões do Plenário do Supremo Tribunal em **controle difuso**, ou seja, no julgamento de recursos extraordinários em sistemática de repercussão geral, terão o mesmo efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

É preciso registrar que, apesar desse processo de aproximação dos efeitos das decisões plenárias do Supremo em controle **concentrado** e controle **difuso**, persistem **distinções**, pois - no caso de controle concentrado - há efeito vinculante e eficácia *erga omnes* para todas as decisões supervenientes do **Poder Judiciário** e do **Poder Executivo**, enquanto que no **controle difuso**, o efeito vinculante abrange somente o **Poder Judiciário**.

Outra distinção é que no controle concentrado, é cabível reclamação contra decisões contrárias, independentemente do esgotamento dos recursos cabíveis (CPC, art. 988, inc. III); ao contrário do que ocorre nas reclamações para preservação da eficácia das decisões em controle difuso (CPC, art. 988, § 5º, inc. II).

É importante reconhecer que, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, que trouxe a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, assim entendida quando houver relevância jurídica, política, econômica ou social e, ainda assim, desde que a causa transcenda aos interesses subjetivos das partes, o recurso extraordinário deixou de ter um caráter meramente subjetivo (*inter partes*).



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

Pela nova sistemática do CPC, reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal poderá determinar a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (art. 1.035, § 5º, do CPC/2015). Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica (art. 1035, § 8º, do CPC/2015). Por outro lado, **admitida a repercussão geral e definida a tese**, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido negar seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal (art. 1.030, I, "a", do CPC/2015) ou encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal (art. 1.030, II, do CPC/2015).

Essa racionalização do sistema recursal tem por objetivo dar efetividade à **jurisdição constitucional** e vai ao encontro das diretrizes principiológicas jurídico-constitucionais da **segurança jurídica** - na medida em que previne a fragmentação de decisões judiciais dissonantes no país; da **eficiência da atividade jurisdicional** - pois permite, pelo efeito multiplicador das teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal, a resolução em larga escala de processos cuja matéria tenha sido objeto de tema de repercussão geral; da **razoável duração do processo** - com redução do tempo de espera do julgamento de recursos; e, ainda, da **economia processual**, uma vez que, com a maior celeridade na resolução do litígio, possibilitam-se a otimização de gastos públicos com outros julgamentos e a redução das despesas que as partes têm que naturalmente suportar com a tramitação e o acompanhamento das demandas judiciais. Por fim, igualmente realiza o **princípio da isonomia** ao evitar-se que pessoas em igual situação tenham soluções diferentes para o seu caso, o que é inadmissível para o Direito.

Sob esse enfoque é que se deve reconhecer que as **teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal em temas de repercussão geral possuem efeito vinculante e eficácia erga omnes** e, assim, obrigam todos os órgãos e instâncias do Poder Judiciário à sua observância e estrita



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

aplicação. Admitir-se a possibilidade de decisões, em casos concretos, em dissonância com as teses adotadas pela Suprema Corte implicaria **usurpação da sua competência constitucional** e ruptura do sistema de precedentes e desarrazoada imposição, às partes, do oneroso encargo de alçarem à **jurisdição constitucional**, via recurso extraordinário, para preservarem a uniformidade de interpretação e a unidade na aplicação da questão jurídica já pacificada (exegese do art. 1.035, § 3º, III, do CPC/2015).

O entendimento em destaque encontra amparo na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, que há muito assentou tese de que **"após o exame da existência de repercussão geral da matéria versada no recurso extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal, compete às cortes de origem a aplicação da decisão aos demais casos"** (ARE 761.661-AgR, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe de 28/4/2014) e de que é **"inadmissível a interposição de recurso contra decisão que aplica a sistemática da repercussão geral"** (AI 760.358-QO, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 19/2/2010). No mesmo sentido: ARE 823.651, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 16/9/2014; AI 846.808-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 10/11/2014; Rcl 11.940, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 14/2/2014; Rcl 12.395-AgR, rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 6/11/2013; Rcl 15.080-AgR, rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 18/2/2014; e Rcl 16.915-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 13/3/2014.

O Supremo Tribunal Federal já vinha reconhecendo o **efeito ultra partes** (dessubjetivação ou objetivação) e de **caráter expansivo** das suas decisões de declaração de inconstitucionalidade em **controle difuso**. A evolução deste entendimento pode ser percebida - mais recentemente - em três julgamentos paradigmáticos nos anos de 2014, 2015 e 2016, na **Reclamação nº 4.335/AC**, no RE nº 730.462/SP (**Tema n. 733 da Repercussão Geral**) e na **ADIn nº 2.418/DF**, respectivamente.

No julgamento da **Reclamação nº 4.335/AC - Julg. 20/03/2014**, Rel. Min. Gilmar Mendes, merece destaque o seguinte excerto:

“Ainda que a questão pudesse comportar outras leituras, é certo que o legislador ordinário, com base na



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerou legítima a atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, **até mesmo em sede de controle de constitucionalidade incidental.**

[...]

O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida **em sede de controle incidental**, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. **Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão.** Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, **é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil** (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998).

[...]

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, **não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.**

(...)

De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADIN ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e **a decisão proferida no âmbito do controle incidental** - esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias - **continue a ter eficácia restrita entre as partes**". (Grifos nossos)

Na mesma linha, o Ministro Roberto Barroso destaca as finalidades constitucionais para observância dos precedentes do STF e à **expansão** de seu efeito **vinculante** e de sua eficácia **erga omnes**:

“[...] a primeira é a **segurança jurídica**. Na medida em que os tribunais inferiores respeitem, de uma maneira geral,



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

as decisões dos tribunais superiores, cria-se um direito mais previsível e, conseqüentemente, menos instável. E, hoje em dia, há um entendimento que se generaliza de que a norma não é apenas aquele relato abstrato que está no texto. As normas jurídicas são um produto da interação entre o enunciado normativo e a realidade. Portanto, o Direito é, em última análise, o que os tribunais dizem que é. Além disso, essa disseminação do respeito aos precedentes atende o **princípio da isonomia**, na medida em que evita-se que pessoas em igual situação tenham desfechos diferentes para o seu caso, o que é, em alguma medida, sempre repugnante para o Direito. E, por fim, o respeito aos precedentes valoriza o **princípio da eficiência**, porque torna a prestação jurisdicional mais fácil, na medida em que o juiz ou os tribunais inferiores possam simplesmente justificar as suas decisões à luz de uma jurisprudência que já se formou”.

O correspondente acórdão foi ementado como segue:

Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. **Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão.** 6. Reclamação julgada procedente. (Reclamação n. 4.335/AC)

No ano seguinte, ao julgar o RE nº 730.462/SP, em 07.05.2015, e fixar tese no **Tema nº 733 da Tabela da Repercussão Geral**, o Supremo Tribunal assentou que:

A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495).



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

Para melhor compreensão, a súmula da tese firmada em repercussão geral, quando do julgamento do RE n. 730.462/SP, recebeu a seguinte ementa:

Constitucional e processual civil. Declaração de inconstitucionalidade de preceito normativo pelo Supremo Tribunal Federal. Eficácia normativa e eficácia executiva da decisão: distinções. Inexistência de efeitos automáticos sobre as sentenças judiciais anteriormente proferidas em sentido contrário. Indispensabilidade de interposição de recurso ou propositura de ação rescisória para sua reforma ou desfazimento.

1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= *eficácia normativa*) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. 2. Dessa sentença decorre também o **efeito vinculante**, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= *eficácia executiva* ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, *l*, da Carta Constitucional. 3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no *Diário Oficial* (art. 28 da Lei n. 9.868/99). É, consequentemente, **eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação**, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional. 4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das **sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente**; para que tal ocorra, será indispensável a **interposição do recurso próprio** ou, se for o caso, a propositura da **ação rescisória própria**, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado. 5. No caso, mais de dois anos



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do art. 9º da Medida Provisória n. 2.164-41 (que acrescentou o art. 29-C na Lei n. 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, **em controle concentrado**, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. [grifos nossos]

No julgamento do Tema nº 733 da Tabela da Repercussão Geral, o STF partiu da hipótese de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em controle concentrado, mas fixou premissas importantes, como o efeito vinculante desse controle (CF, art. 102, § 2º) sobre as decisões judiciais supervenientes, uma vez que se trata de precedente, ou seja, que deve ser anterior à decisão objeto de recurso por estar em desconformidade com a tese firmada pelo Supremo. Outra inferência importante diz respeito à dispensabilidade de ação rescisória para cessação dos efeitos de sentença transitada em julgado, com tese contrária à firmada pelo STF e com efeito para o futuro, quando se tratar de relações jurídicas de trato sucessivo, pois, nesses casos, basta que a parte requeira nos autos da execução a cessação dos efeitos, a partir da decisão do Supremo. Caso ainda não tenha havido o trânsito em julgado, cabe à parte apresentar recurso para observância da tese firmada pelo Supremo, ainda que em sede de embargos de divergência e de embargos de declaração. Tal ocorre porque os embargos de divergência têm por finalidade a uniformização da inteligência do direito, devendo aplicar o entendimento já pacificado pelo STF. Igualmente, dado o efeito vinculante e eficácia *erga omnes* das decisões do STF, deve o órgão jurisdicional aplicá-la, mesmo em sede de embargos de declaração, preservando a higidez do sistema de precedentes e **evitando-se a formação de coisa julgada inconstitucional** e o ônus da parte ter de arguir a inexigibilidade do título formado em contrariedade à tese do Supremo (CPC, art. 525, § 1º, III, c/c §§ 12, 14 e 15 do mesmo artigo ou art. 535, III, §§ 5º a 8º).

Outra observação pertinente diz respeito ao termo inicial da data da eficácia executiva - efeito vinculante e eficácia *erga omnes* -, que na ementa da Tema nº 733 da repercussão geral (RE nº 730.462/SP) é



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

considerado da publicação do acórdão do Supremo (item 3 da ementa). Contudo, tal entendimento já restou superado com o advento do atual CPC, que no art. 1.035, § 11, estabelece que *"a súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão"*, antecipando o termo inicial à certidão de julgamento, que valerá como acórdão, ainda que não o dispense. Ademais, o STF tem entendido, reafirmando a força da jurisprudência constitucional, que as teses decididas devem ser observadas a partir da certidão de julgamento, como pode-se observar dos seguintes precedentes:

Repercussão geral. Sistemática. Aplicação. Pendência de embargos de declaração no paradigma. Irrelevância. Julgamento imediato da causa. Precedentes. 1. A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral **autoriza o julgamento imediato de causas** que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. [...]. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (RE n. 1.112.500-Ag. Reg., 1ª T., rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* 10.08.2018) [grifos nossos]

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Processual Civil. 3. Insurgência quanto à aplicação de entendimento firmado em sede de repercussão geral. Desnecessidade de se aguardar a publicação da decisão ou o trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Negativa de provimento ao agravo regimental. (RE n. 1.129.931-Ag. Reg., 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 24.08.2018)

Em momento mais recente (**ADI nº 2.418**), ao julgar a constitucionalidade das disposições normativas do CPC/15, contidas no art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, que permite a arguição de inexigibilidade de **"obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso"**, na



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

impugnação à execução ou embargos à execução, conforme autoriza o § 12 do art. 525, o Supremo Tribunal Federal assentou que:

“São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da **coisa julgada** com o **primado da Constituição**, vieram agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com **eficácia rescisória** de sentenças revestidas de **vício de inconstitucionalidade qualificado**, assim caracterizado nas hipóteses em que (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional – seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em **data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda**” (ADI nº 2.418, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Julg. 04/05/2016).

Importante observar que, na hipótese, a Suprema Corte fixou as seguintes premissas:

(a) são constitucionais os art. 525, § 1º, III, e §§ 12 e 14, e art. 535, § 5º, do CPC/2015.

(b) constitui coisa julgada inconstitucional a decisão de deixa de observar o julgamento do STF que (b1) declara norma inconstitucional, (b2) declara norma constitucional e (b3) declara norma constitucional com interpretação conforme ou situação conforme.

(c) natureza do precedente do STF nesses casos pode decorrer de controle de constitucionalidade **concentrado** ou **difuso**, razão pela qual restou superada esta distinção, tal como consta do voto do Ministro Teori Zavascky, Relator:

“O regime atual tem como novidades, além da explicitação de que as decisões do Supremo ali referidas podem ser “*em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso*”, os acréscimos e explicitações constantes nos parágrafos 13 a 15 do art. 525, matéria não tratada pelo Código revogado.

[...]



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

O novo Código de Processo Civil tomou partido na matéria, estabelecendo expressamente que o precedente do STF pode ser “em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”.

[...]

Também não se fazia alusão nem distinção, à época, entre precedente em controle incidental ou concentrado. Como agora explicita o novo Código, **essa distinção é irrelevante.** [...] A distinção restritiva, entre precedentes em controle incidental e em controle concentrado, **não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada simplesmente em função do procedimento em que a decisão foi tomada.** Sob este enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF tanto em ação direta quanto nas proferidas em via recursal, estas também com natural vocação expansiva, conforme reconhecer o SF no julgamento da Reclamação 4.335, Min. Gilmar Mendes, Dje 22.10.14, a evidenciar que está ganhando autoridade a recomendação da doutrina clássica de que a eficácia *erga omnes* das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade, ainda que incidentalmente, deveria ser considerada “efeito natural da sentença” (Bittencourt, Lúcio, op. cit., p. 143; Castro Nunes, José. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. P. 592). É exatamente isso que ocorre, aliás, nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 481 do CPC/73, **que submete os demais tribunais à eficácia vinculante das decisões do plenário do STF em controle de constitucionalidade, indiferentemente de terem sido tomadas em controle concentrado ou difuso”.**

No mesmo caminho, em seu voto, o Ministro Edson Fachin ressalta que:

“Sua excelência deixou suplantada a diferença na hipótese de controle **concentrado** e controle **difuso** com [eficácia] *erga omnes*, estou também acolhendo essa superação...”

Por tais fundamentos, parto da premissa que a tese fixada pelo plenário do STF em sistemática da repercussão geral, tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, de forma a comprometer as decisões supervenientes,



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

sob pena de *vício qualificado de inconstitucionalidade*, em razão do "efeito rescisório" decorrente da decisão do STF declarando a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Tendo presentes essas premissas, cabe analisar se o Supremo Tribunal, ao analisar a questão da responsabilidade subsidiária do ente público quanto às obrigações dos trabalhadores terceirizados, **fixou ou não tese sobre o ônus da prova**. O voto condutor do eminente Relator, Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, acompanhado pela maioria da eg. SDI-1 - responsável pela uniformização interna da jurisprudência do TST -, sustenta que o STF não fixou tese sobre a qual parte compete a prova do nexo de causalidade entre o dano do trabalhador terceirizado e conduta da Administração Pública, já que se sabe, a responsabilidade não é objetiva e não pode decorrer do mero inadimplemento.

O julgamento da ADC 16 não foi firme o bastante para conformar a jurisprudência da Justiça do Trabalho, que passou a adaptar a fundamentação para, do inadimplemento, presumir a ausência de fiscalização e, assim, reconhecer a culpa da Administração, impondo-lhe a responsabilidade. O acórdão da ADC 16 restou assim ementado:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

A decisão na ADC 16, cujo julgamento ocorreu em 24/11/2010, afastou a possibilidade de transferência automática da responsabilidade para a Administração Pública, afastando, em consequência, a responsabilidade objetiva decorrente do mero dano ao trabalhador terceirizado. Diante deste julgamento, o TST alterou a Súmula nº 331, pela Resolução nº 174/2011, DEJT



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

divulgado em 27, 30 e 31.05.2011, incluindo também o inciso V:

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. (grifos nossos).

A adequação da Súmula n.º 331 do TST ao decidido na ADC 16 revela: (a) a impossibilidade de responsabilidade objetiva (pelo mero inadimplemento - dano ao trabalhador) e (b) necessidade de restar evidenciada a conduta culposa (responsabilidade subjetiva) da Administração Pública. Por certo, que a "evidência" da conduta culposa depende de **comprovação do comportamento** do ente público ensejador de sua culpa (ato antijurídico), como nexó de imputação de sua responsabilidade. Tal comprovação, como elemento necessário para constituição da responsabilidade subjetiva, por óbvio, deve ser feita pela parte que pretende tal condenação, ou seja, o trabalhador terceirizado. Infere-se daí que impondo ao trabalhador o dever processual de comprovar o comportamento culposo da Administração Pública, tanto a decisão do tema na ADC 16, quanto a alteração da Súmula n.º 331 do TST, já deixavam clara a ideia de ônus da prova do trabalhador.

Não obstante, as decisões da Justiça do Trabalho adaptaram a argumentação para, mesmo na ausência de comprovação cabal do ato culposo da Administração Pública, impor sua responsabilidade, a pretexto de desumir a condenação do dano sofrido pelo trabalhador, diante na presunção de que decorreu de uma fiscalização ineficaz. Tal contexto, gerou centenas de reclamações apresentadas no STF para adequação das decisões da Justiça do Trabalho ao precedente da ADC 16, até que a matéria foi novamente submetido ao Supremo pelo **Tema n.º 246** da Tabela de Repercussão Geral, cuja tese foi assim fixada:

“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

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”.

No julgamento do *leading case*, Recurso Extraordinário nº 760.931, o acórdão foi ementado como segue:

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



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

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 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; (xiv)



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

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 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)

O recurso extraordinário nº 760.931 teve como **decisão recorrida** acórdão da 2ª Turma do TST, da lavra do eminente Min. José Roberto Freire Pimenta, assim ementado:

"TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, CAPUT E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, caput e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa in vigilando na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG),



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

alterada por sua Instrução Normativa nº 3/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/5/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/5/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE . (...)IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. 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 nº 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 (grifou-se). Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo onus probandi e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa in vigilando, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que foi condenado a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

objeto da condenação. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-498-28.2012.5.03.0015, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 06/03/2015).

No corpo do acórdão, o tema do ônus da prova foi expressamente enfrentado, como pode-se observar dos seguintes trechos:

Ressalta-se ser exclusivamente do ente público contratante o ônus de alegar e de demonstrar, completamente, em cada processo trabalhista, que tomou todas as medidas e praticou todos os atos previstos na Lei de Licitações e nas suas normas regulamentadoras para evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas dele objeto, para assegurar a sua quitação por meio dos mecanismos necessariamente previstos no contrato administrativo correspondente (pelo uso da garantia patrimonial oferecida pelo contratado e pela retenção dos valores a ele devidos, para pagamento direto, aos trabalhadores terceirizados, de seus direitos trabalhistas) e para sancionar, na forma também nelas prevista, aquele empregador inadimplente – afinal, trata-se, aqui, de fato impeditivo da pretensão do autor de que a Administração Pública seja condenada a responder, ainda que subsidiariamente, pelo pagamento daqueles direitos trabalhistas, nos termos dos arts. 333, inciso II, do CPC e 818 da CLT.

Ademais, também por direta aplicação do princípio da aptidão para a prova, decisivo para estabelecer para qual parte, em determinado litígio judicial, deverá ser atribuído o ônus probandi de determinado fato controvertido, não pode haver nenhuma dúvida de que esse encargo, em casos como este, só pode mesmo recair sobre a Administração Pública demandada, que terá que demonstrar haver praticado todos os atos administrativos de fiscalização do adimplemento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados.

Do contrário, a única alternativa para esse entendimento seria atribuir a cada trabalhador terceirizado, autor de sua demanda trabalhista, o pesado e praticamente impossível encargo de demonstrar que o ente público para o qual prestou serviços não praticou os atos fiscalizatórios a que estava obrigado por lei – **prova negativa e de natureza verdadeiramente "diabólica"**, de produção praticamente impossível pela parte hipossuficiente. À falta dessa



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

demonstração de que esses atos de fiscalização foram mesmo praticados, como era dever legal do ente público contratante, só se poderá concluir que este, por omissão voluntária, violou os direitos daqueles empregados terceirizados pelo contratado e lhes causou dano, pelo qual deve responder civilmente (ainda que de forma subsidiária), nesta Justiça do Trabalho, por sua manifesta *culpa in vigilando*.

O decidido pela eg. 2ª Turma, conforme acima exposto, foi objeto do Recurso Extraordinário nº 760.931, *leading case* do Tema 246 da Repercussão Geral, tendo o Plenário do Supremo **dado provimento do recurso** e fixar a tese já mencionada.

Assim, ao dar provimento ao recurso extraordinário, a tese do acórdão recorrido foi reformada, reafirmando-se a decisão na ADC 16 e afastando a imputação de ônus da prova ao ente público.

No que diz respeito ao **ônus da prova**, no voto **vencido** proferido no *leading case* de repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal, a Ministra Rosa Weber entendeu ser do Ente Público o ônus de comprovar que fiscalizou o regular cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços. Tal entendimento foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Edson Facchin, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

Todavia, na **tese vencedora**, o Ministro Luiz Fux, redator da referida decisão, destacou que **"o primeiro ônus da prova é de quem promove a ação"**, por ser fato constitutivo do direito. Tal entendimento foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Marco Aurélio, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes.

A tese **vencida** proposta pela então relatora, Min. Rosa Weber, para negar provimento ao recurso extraordinário, foi assim colocada em conclusão do voto:

Assim, não adimplidas, pela prestadora de serviços, as obrigações trabalhistas devidas aos seus empregados, **caberia à Administração Pública, tomadora dos serviços, demonstrar, conforme lhe competia, que se desincumbira dos deveres impostos pela legislação, quanto ao acompanhamento e fiscalização da execução do contrato, a fim de afastar sua culpa in vigilando.**

(...)



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

Ante o exposto, tendo sido afastada, ao julgamento da ADC 16, a responsabilidade objetiva do Estado, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços, e abraçada a tese da responsabilidade subjetiva – **seja pela tese da culpa presumida**, alicerçada na doutrina de BANDEIRA DE MELLO, **seja pelos princípios da aptidão para a prova e da cooperação na atividade probatória ou seja pela distribuição dinâmica da prova –**, imperativo concluir que **o dever de demonstrar o cumprimento dos deveres de fiscalização, decorrentes da Lei de Licitações, é da Administração Pública** que, cumpre lembrar, se beneficiou dos serviços prestados.

O Min. Alexandre de Moraes também votou com a divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux (contra o voto da eminente Relatora Ministra Rosa Weber), cabendo destaque as seguintes passagens do voto:

*"A meu ver, portanto, a consolidação da responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, **alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, representa claro risco de desestímulo à colaboração da iniciativa privada com a Administração Pública, estratégia essencial para que o Estado brasileiro consiga se modernizar"**.*

[...]

*"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 nexos de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador"**.*

[...]

"O caso concreto não tem elementos suficientes para permitir a caracterização dessa responsabilidade. Não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; não há



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

prova do nexó de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador".

As decisões dos três embargos de declaração foram assim ementadas:

EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 246 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPRESAS TERCEIRIZADAS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Não há contradição a ser sanada, pois a tese aprovada, no contexto da sistemática da repercussão geral, reflete a posição da maioria da Corte quanto ao tema em questão, contemplando exatamente os debates que conduziram ao acórdão embargado. 2. Não se caracteriza obscuridade, pois, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de culpa in eligendo ou culpa in vigilando, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade. 3. Embargos de declaração rejeitados. (RE 760931 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2019, DJe-194, 06-09-2019).

A circunstância dos embargos de declaração terem sido rejeitados não significa que a pretensão deduzida na peça de embargos - de esclarecimento sobre o ônus da prova - tenha sido rejeitada e que o STF não tenha se manifestado sobre o tema. Assim se manifestou o Min. Edson Fachin, redator para os acórdãos dos embargos de declaração:

Alegou-se a presença de obscuridade e contradição; contradição entre a declaração de constitucionalidade do dispositivo e a tese firmada; isso não restou demonstrado. Alegou-se obscuridade. Não me parece também que há obscuridade. Basta a leitura do que foi assentado ao longo de



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

um exaustivo julgamento para compreender-se precisamente em que limites e possibilidades essa responsabilidade restou estatuída. Revolver esse debate, no meu modo de ver, significa, a rigor, reiniciar, em sede de embargos de declaração, o julgamento.

E prossegue:

E não há obscuridade quanto à responsabilização do Estado pelas verbas trabalhistas inadimplidas pelos contratados, desde que, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, **houver comprovação de culpa in eligendo** ou culpa in vigilando por parte do Poder Público, o que se impõe diante de sua inarredável obrigação de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade.

Destaque-se que o fato de rejeitar os embargos significou ausência de necessidade de esclarecimento, pois a tese foi fixada de forma cristalina, de forma que a responsabilidade da Administração Pública não se dá de forma automática, "...**dependendo de comprovação de culpa...**". Comprovar tem como raiz o vocábulo prova, significando a confirmação de uma alegação por meio de prova. A exigência de comprovação, ou seja, a existência de prova, induz na conclusão de que tal comprovação deve ser feita pela parte que acusa o ente público de ter praticado um ato antijurídico (omissivo ou comissivo) caracterizador da culpa subjetiva e indutor da responsabilidade.

Para deixar ainda mais claro que o STF fixou tese sobre quem compete o ônus de comprovar o ato antijurídico causador do dano ao trabalhador terceirizado, consta do corpo do acórdão dos embargos de declaração:

"Em segundo lugar, 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



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

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".

(...)

"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".

Não por menos que, a partir da fixação da tese de repercussão geral no Tema 246, sete das oito Turmas do TST passaram a afirmar a necessidade de comprovação do ato culposo da Administração Pública, **ônus de incumbência do trabalhador:**

"RECURSOS DE REVISTA DA 2.^a E 3.^a RECLAMADAS. ANÁLISE CONJUNTA. INTERPOSIÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PODER PÚBLICO. A comprovação da culpa in vigilando constitui elemento essencial para que seja reconhecida a responsabilidade subsidiária da Administração Pública quanto às obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa contratada (Lei n.º 8.666/93), conclusão essa que se extrai do entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC n. 16/2010, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93. Esse posicionamento foi referendado por aquela Suprema Corte ao julgar o Tema 246 de Repercussão Geral (RE 760.931/DF - DJE de 12/9/2017). **No caso em tela, o Regional vinculou a**



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

responsabilidade subsidiária do tomador de serviços à inadimplência da empresa prestadora de serviços, entendimento que não se coaduna com o posicionamento firmado pela Suprema Corte, o qual resultou na alteração da Súmula n.º 331 do TST. Recursos de Revista conhecidos e providos" (RR-825-24.2010.5.02.0062, **1ª Turma**, Relator Ministro Luiz José Dezena da Silva, DEJT 25/10/2019).

"PROCESSO POSTERIOR ÀS LEIS Nº 13.015/2014 E 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA. A princípio, verifica-se o atendimento ao requisito da transcendência política, na medida em que a decisão regional parece contrariar a jurisprudência desta Corte Superior, nos termos do art. 896-A, §1º, II, da CLT. I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. **ÔNUS DA PROVA.** AUSÊNCIA DE CULPA IN VIGILANDO . Ante a possível demonstração de contrariedade à Súmula 331, V, do TST, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar a conversão prevista nos §§ 5º e 7º do artigo 897 da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE CULPA IN VIGILANDO . Ao julgar a ADC 16, o STF decidiu que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 é constitucional, mas que isso não impede a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, desde que constatado que o ente público agiu com culpa in vigilando. **Registre-se, ainda, a decisão do STF no RE nº 760.931, com repercussão geral, que atribuiu o ônus da prova da ausência de fiscalização ao trabalhador. No caso, o Regional atribuiu o ônus da prova da fiscalização à entidade pública, circunstância que contraria o entendimento do Supremo Tribunal Federal.** Dessa forma, em face da atribuição do ônus da prova ao ente público e, diante da ausência de elementos que evidenciam a sua culpa, deve ser afastada a responsabilidade subsidiária a ele atribuída. Recurso de revista conhecido por contrariedade à Súmula 331, V, do TST e provido" (RR-143-45.2014.5.05.0030, **3ª Turma**, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 25/10/2019).

"AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE -



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DESACERTO DO DESPACHO AGRAVADO - DESPROVIMENTO. 1. A decisão ora agravada deu provimento ao recurso de revista da União, por violação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e contrariedade à Súmula 331, V, do TST (à luz da exegese que lhes deu o STF no julgamento da ADC 16 e do RE 760.931), para, reformando o acórdão regional, afastar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em relação aos créditos trabalhistas reconhecidos nesta ação. **Isso porque, conforme se depreende do acórdão recorrido, a Corte de origem condenou a Petrobras em razão do mero inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da Prestadora de Serviços, atribuindo-lhe impropriamente o ônus da prova da fiscalização das obrigações da Prestadora de Serviços.** 2. O agravo do Reclamante não trouxe nenhum argumento que infirmasse os fundamentos do despacho hostilizado, motivo pelo qual este merece ser mantido. Agravo desprovido" (Ag-RR-100516-29.2016.5.01.0482, **4ª Turma**, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 25/10/2019).

"RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. RECURSO SUBMETIDO À LEI Nº 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA. EXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. CONTRARIEDADE CONFIGURADA . Verificada a transcendência política da questão objeto do recurso de revista, e tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o precedente vinculante constituído pelo Tema 246 da Repercussão Geral (RE nº 760.931), fixou a tese jurídica segundo a qual "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." 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 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



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

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 transferiu o encargo processual de comprovar a ausência de omissão na fiscalização dos encargos trabalhistas da empresa terceirizada ao ente público, em completa inversão da lógica ordinária de distribuição do ônus probatório, contida nos arts. 818 da CLT e 373, I e II, do CPC (correspondente ao art. 333, I e II, do CPC/1973), o que não se sustenta em face da ratio decidendi do precedente vinculante acima citado, o qual prevê a atribuição do ônus original ao reclamante. 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"** (RR-11556-87.2016.5.15.0133, 5ª Turma, Relator Desembargador Convocado João Pedro Silvestrin, DEJT 25/10/2019).

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES. No agravo de instrumento houve impugnação específica ao despacho denegatório do recurso de revista. As demais questões alegadas em contrarrazões se referem a pressupostos intrínsecos do recurso de revista, e não a pressupostos extrínsecos do agravo de instrumento. Preliminar rejeitada.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

1 - Aconselhável o provimento do agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista quanto à alegada violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. 2 - Agravo de instrumento a que se dá provimento. II - RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1 - Conforme o Pleno do STF (ADC nº 16/DF e Agravo Regimental em Reclamação nº 16.094) e o Pleno do TST (item V da Súmula nº 331), relativamente às obrigações trabalhistas, é vedada a transferência automática para o ente público, tomador de serviços, da responsabilidade da empresa prestadora de serviços; a responsabilidade subsidiária não decorre do mero inadimplemento da empregadora, mas da culpa do ente público no descumprimento das obrigações previstas na Lei nº 8.666/93 . 2 - No voto do Ministro Relator da ADC nº 16/DF, Cezar Peluso, constou a ressalva de que a vedação de transferência consequente e automática de encargos trabalhistas, " não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos ". Contudo, a Sexta Turma do TST, por disciplina judiciária, a partir da Sessão de Julgamento de 25/3/2015, passou a seguir a diretriz fixada em reclamações constitucionais nas quais o STF afastou a atribuição do ônus da prova ao ente público nessa matéria. 3 - O Pleno do STF, em repercussão geral, com efeito vinculante, no RE nº 760.931, Redator Designado Ministro Luiz Fux, fixou a seguinte tese: " 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 ". Nos debates no julgamento do RE nº 760.931, o Pleno do STF deixou claro que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, ao estabelecer que " a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, (...) não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento ", veda a transferência automática, objetiva, sistemática, e não a transferência fundada na culpa do ente público. Embora não tenham constado na tese vinculante, no julgamento do RE nº 760.931 foram decididas as seguintes questões: **a) ficou vencido o voto da Ministra Relatora**



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

Rosa Weber de que o ônus da prova seria do ente público; b) a maioria julgadora entendeu que o reconhecimento da culpa do ente público exige elemento concreto de prova, não se admitindo a presunção (como são os casos da distribuição do ônus da prova e do mero inadimplemento) . 4 - Recurso de revista a que se dá provimento . Fica prejudicado o exame dos temas remanescentes" (RR-6010-35.2014.5.01.0481, **6ª Turma**, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, DEJT 25/10/2019).

"AGRAVO INTERNO. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 E DO CPC DE 2015. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONDUTA CULPOSA DA ADMINISTRAÇÃO. DANO SOFRIDO PELO EMPREGADO. NEXO CAUSAL. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. TEMA Nº 246 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF I. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 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 nº 8.666/93" (Tema 246). Prevaleceu o entendimento de que a condenação subsidiária da administração pública condiciona-se à efetiva demonstração de nexo causal entre a conduta administrativa e o dano sofrido pelo empregado. A condenação subsidiária pressupõe, portanto, fundamentação adequada acerca das circunstâncias de fato e de direito que demonstrem a existência de nexo causal entre o dano e a *faute du service*, 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. II. **No caso dos autos, não merece reparos a decisão unipessoal em que se excluiu a responsabilidade subsidiária imposta ao ente público, pois o Tribunal Regional pautou-se, exclusivamente, na presunção de falha na fiscalização em decorrência da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova.** III. Agravo interno de que se conhece e a que se nega provimento" (Ag-RR-11415-86.2015.5.01.0038, **7ª Turma**, Relator Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes, DEJT 25/10/2019).



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

"A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRESUNÇÃO DE AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO PELO MERO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. Em face da possível violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRESUNÇÃO DE AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO PELO MERO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. 1. Nos termos da Lei nº 8.666/1993, dos artigos 186 e 927 do CC, da decisão proferida pelo STF na ADC nº 16 e do item V da Súmula nº 331 deste TST, para o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público, é necessária a comprovação da sua conduta omissiva na fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes do contrato entre tomador e prestador de serviços quanto às verbas trabalhistas. 2. Outrossim, em 30/3/2017, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional, suscitada no Recurso Extraordinário nº 760.931, referente à responsabilidade dos entes integrantes da Administração Pública em caso de terceirização, fixando, em 26/4/2017, a seguinte tese: " 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 ". 3. **No caso, constata-se que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público se fundamentou genericamente apenas na presunção da ocorrência de culpa in vigilando em razão do inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa prestadora dos serviços contratada, sem demonstração concreta da inobservância, por parte daquele, do dever legal de fiscalizar o contrato de terceirização.** 4. **Portanto, foi presumida a conduta culposa do ente público na**



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços como empregadora em razão da mera inadimplência da empresa terceirizada contratada, o que, todavia, não transfere a responsabilidade dos débitos trabalhistas ao ente público tomador dos serviços, nos termos da fundamentação expendida. 5. Por conseguinte, não há como afirmar que ficou configurada a culpa in vigilando, hábil a justificar a atribuição de responsabilidade subsidiária. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-11909-30.2015.5.01.0432, **8ª Turma**, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 25/10/2019).

Contudo, o eminente relator do presente recurso de Embargos, partindo da afirmação de que houve omissão do STF na fixação da tese no Tema 246 da Repercussão Geral quanto à fixação do ônus da prova, propõe dar provimento aos Embargos para atribuir ao ente público o ônus de provar que o dano sofrido pelo trabalhador não decorreu de sua culpa; o que faz nos seguintes termos:

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**



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

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 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.

Para assentar os fundamentos do meu voto divergente, no sentido de que, ao contrário do que decidido pela maioria da SbDI-1 do TST, o STF estabeleceu que a culpa do ente público deve estar cabalmente **comprovada** e, por evidente, **a comprovação incumbe à parte que acusa à Administração de ter praticado ato antijurídico.** Para tanto, amparo-me nas seguintes manifestações da Suprema Corte, no julgamento de inúmeras reclamações.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

Na oportunidade do julgamento da Reclamação **Rcl 38.075/BA** - BAHIA (22/11/2019), o Min. Alexandre de Moraes examinou a hipótese em que o TRT da 5ª Região, atribuiu ao Ente Público (INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS) a responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas, destacando que aquele TRT editou Súmula nº 41, no sentido de que "**Recai sobre a Administração Pública direta e indireta o ônus de demonstrar que fiscalizava o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora**". Destacou-se que, naquela hipótese, a prova documental apresentada, não obstante sirva para demonstrar o cumprimento das formalidades exigidas para contratação pelo ente público por meio de licitação pública, não é eficaz para provar a efetiva fiscalização *in eligendo* dos direitos trabalhistas inerentes aos trabalhadores terceirizados (culpa *in vigilando*). Entretanto, ao julgar a Reclamação mencionada, **o Min. Alexandre de Moraes cassou o acórdão recorrido na parte em que atribui responsabilidade subsidiária do Ente Público.**

Por ocasião do julgamento da Reclamação Rcl **37.377/BA** - BAHIA (14/10/2019), o Relator Min. Gilmar Mendes **ratificou** a decisão do TST ao concluir que "*a despeito de a tese fixada pela Suprema Corte não tratar expressamente da distribuição do ônus probatório, **a ratio decidendi da decisão proferida pelo STF evidencia que o ônus da prova da culpa in vigilando recai sobre o trabalhador**, ressalvado o entendimento deste relator*" (DJ-e de 17/10/2019). E, no julgamento da Reclamação **Rcl 26.291 / GO** - GOIÁS, o Exmo. Ministro Gilmar Mendes julgou procedente a Reclamação para **cassar a decisão do TST que concluiu que caberia exclusivamente ao ente público a comprovação de sua conduta na fiscalização da empresa contratada** (DJ-e de 27/9/2019).

Na decisão monocrática na Reclamação 37.298-MA (17/10/2019), o Relator Min. Alexandre de Moraes assentou que:

Na ocasião, o Plenário, por maioria, afirmou que inexistente responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, e, conforme declarei em meu voto, *ante a ausência de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado*



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

peremptoriamente no processo tal circunstância, subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem seus quadros.

Ao julgar procedente a Reclamação 34.120-SP (10/04/2019), a Min. Cármen Lúcia aduz que:

Para afirmar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por aqueles encargos, **imprescindível a prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, que se tenha comprovado essa circunstância no processo.** Sem a produção dessa prova, subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas com relação àqueles que não compõem os seus quadros.

Ao dizer: "*que se tenha comprovado essa circunstância no processo*", **por certo que tal comprovação deve ser feita pela parte que requer a condenação subsidiária da Administração Pública,** tendo presente que tal condenação não pode basear-se no mero inadimplemento (dano), mas que deve estar amparada em prova cabal, taxativa, inequívoca da conduta culposa da Administração.

Ao julgar procedente a Reclamação 37.799-MG (13/12/2019), o Relator Min. Luiz Fux fundamenta que: "*com efeito, o juízo reclamado atribuiu à empresa tomadora de serviços a responsabilidade subsidiária omissiva pelos encargos trabalhistas decorrentes da contratação de serviços por intermédio de empresa terceirizada, conquanto inexistente prova taxativa de culpa in vigilando.*" Por evidente que tal prova taxativa da culpa não poderia ser atribuída à própria Administração - caso em que se partiria de presunção de culpa -, mas sim ao trabalhador que se diz vítima do ato antijurídico e imputa responsabilidade subjetiva à Administração, como pressuposto excepcional à regra geral de não responsabilidade prevista no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

Partir da premissa do ônus da prova do ente público significa dizer que, na ausência de prova, o conflito probatório se resolve contrariamente a quem tinha o dever probatório, ou seja, a Administração, caso em que a condenação estará flagrantemente baseada em presunção,



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

conclusão cristalinamente vedada pela tese fixada pelo Supremo.

Tal conclusão é tão patente, que antes mesmo da fixação de tese no Tema 246, já à luz do decidido na ADC 16, o STF julgava Reclamações reafirmando sua jurisprudência de que a responsabilidade subsidiária da Administração não pode se dar por presunção e deve estar sustentada em comprovação de conduta específica da Administração. Como exemplo das centenas reclamações julgadas pelo Supremo ainda na preservação da autoridade da decisão na ADC 16, trago o seguinte precedente:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA À ADC 16 E À SÚMULA VINCULANTE 10. APLICAÇÃO AUTOMÁTICA DA SÚMULA 331 DO TST. ATRIBUIÇÃO DE CULPA AO ENTE PÚBLICO POR PRESUNÇÃO. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Rcl 15610 ED, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, **Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2013, DJe-204, 15-10-2013)**

Quanto à preservação da autoridade da jurisprudência constitucional assentada na fixação de tese no Tema 246 da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal tem se manifestado não só pela via de decisões monocráticas em reclamação.

A 1ª Turma do STF, julgando o Agravo Regimental na Reclamação 31.631-SP, decidiu que:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO CONTRA ATO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA AO MUNICÍPIO SEM DEMONSTRAÇÃO DE COMPORTAMENTO SISTEMATICAMENTE NEGLIGENTE OU DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA ADMINISTRATIVA E O DANO SOFRIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO À ADC 16. OCORRÊNCIA. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Rcl 31.631 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, **Primeira Turma, julgado em 22/10/2018).**



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

Do corpo do acórdão extrai-se que:

Conforme tive oportunidade de enfatizar na decisão impugnada, **não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados, assim como não houve demonstração 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 ora reclamante – conclusão não admitida por esta CORTE quando do julgamento da ADC 16. Por essa razão, o recorrente não traz qualquer novo elemento com aptidão para modificar as conclusões acima expostas.

Também a 1ª Turma, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 26.674-SP, da relatoria do Min. Roberto Barroso, decidiu que:

DIREITO DO TRABALHO E ADMINISTRATIVO. RECLAMAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO POR DÍVIDAS TRABALHISTAS EM CASO DE TERCEIRIZAÇÃO. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou, no julgamento do RE 760.931, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, a seguinte tese: “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”. 2. Nesse contexto, **a responsabilização do ente público depende da demonstração de que ele possuía conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, deixou de adotar as medidas necessárias para combatê-la**. 3. **No caso dos autos, a responsabilidade subsidiária do ente público encontra-se embasada exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização**. 4. Inaplicável, na espécie, a exigência de esgotamento das instâncias ordinárias, prevista art. 988, §5º, II, do CPC/2015, por se tratar de reclamação ajuizada por afronta à ADC 16 e anterior à conclusão do julgamento do tema 246 da repercussão geral. Precedentes. 5. Agravo interno desprovido. (Rcl 26674 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 30/08/2019, DJe-201, 17-09-2019).



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

No seu voto vencedor, o Min. Roberto Barroso, relator, aduz que:

9. Nesse contexto, penso que a responsabilização do ente público depende da demonstração de que ele possuía conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, deixou de adotar as medidas necessárias para combatê-la. É dizer: **somente está autorizada a mitigação da regra do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, caso demonstrado que a Administração teve ciência do reiterado descumprimento de deveres trabalhistas relativamente ao mesmo contrato de terceirização e que, a despeito disso, permaneceu inerte.**

Por derradeiro, mesmo após o julgamento do presente feito pela SbDI-1, ocorrido em 12/12/2019, as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal se manifestaram sobre o tema, reafirmando a jurisprudência constitucional fixado pela Corte, em sentido contrário ao decidido no presente caso.

A 1ª Turma, julgando o Agravo Regimental em Embargos de Declaração na Reclamação 36.836-MA, decidiu dar provimento ao agravo apresentado da decisão monocrática da Min. Rosa Weber, para cassar o acórdão reclamado na parte que atribui responsabilidade subsidiária do Poder Público:

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 inexistente 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**



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

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)

Na oportunidade do julgamento do referido agravo interno, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, mediante o voto do Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, decidiu no seguinte sentido:

Na ocasião, **o Plenário, por maioria, afirmou que inexistente responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador**, e, conforme declarei em meu voto, *“ante a ausência de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância, subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem seus quadros”*.

No mesmo julgamento, também consignei em meu voto, que:

O Supremo Tribunal Federal fixou, na ADC 16, que a mera inadimplência não pode converter a Administração Pública em responsável por verbas trabalhistas, decidindo que não é todo e qualquer episódio de atraso na quitação de verbas trabalhistas que pode ser imputado subsidiariamente ao Poder Público, mas só aqueles que tenham se reiterado com a conivência comissiva ou omissiva do Estado. Não me parece que seja automaticamente dedutível, da conclusão deste julgamento, um dever estatal de fiscalização do pagamento de toda e qualquer parcela, rubrica por rubrica, verba por verba, devida aos trabalhadores. **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 nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou**



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador. Se não houver essa fixação expressa, clara e taxativa por esta Corte, estaremos possibilitando, novamente, outras interpretações que acabem por afastar o entendimento definitivo sobre a responsabilização da Administração Pública nas terceirizações, com a possibilidade de novas condenações do Estado por mero inadimplemento e, conseqüentemente a manutenção do desrespeito à decisão desta Corte na ADC 16.

(...)

Com efeito, 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 da Administração Pública 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.

Essa linha por mim defendida, recentemente, prevaleceu nesta Turma, em caso essencialmente idêntico ao presente, em julgado cuja ementa transcrevo:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE ATRIBUIU RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA AO MUNICÍPIO 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. 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 inexistente 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



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

reclamante, conclusão não admitida por esta CORTE quando do julgamento da ADC 16. 3. Recurso de agravo a que se dá provimento. (Rcl 28.459 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 11/11/2019).

Ante o exposto, pedindo vênia à Relatora, DOU PROVIMENTO ao recurso de agravo para julgar procedente o pedido, de forma que seja CASSADO o acórdão reclamado na parte em que atribui responsabilidade subsidiária ao estado do Maranhão (Processo 17598- 67.2015.5.16.0002).

É como voto”.

A 2ª Turma, na mesma linha de reafirmação da autoridade da decisão do Plenário, julgando o Agravo Regimental na Reclamação 37.035-MA, da relatoria da Min. Cármen Lúcia, assentou que:

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16: INOCORRÊNCIA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (Rcl 37035 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 20/12/2019, DJe-023, 06-02-2020)

Nesse caso, o acórdão reclamado, da 7ª Turma do TST, afastou a responsabilidade subsidiária do Estado, sob o fundamento de que o Regional adotou indevida inversão do ônus da prova em favor do Reclamante, exigindo do Estado do Maranhão o encargo de comprovar que fiscalizou efetivamente o contrato de prestação de serviços, o que contrariou a notória jurisprudência do Supremo Tribunal. Eis o teor da ementa do que decidiu a 7ª Turma do TST:

AGRAVO INTERNO. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015 E ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40/2016. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ÔNUS DA PROVA QUANTO À FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PELA PRESTADORA. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL. I. Na hipótese de terceirização de serviços, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 760931/DF, em repercussão geral, é no sentido de que a Administração Pública pode ser responsabilizada pelos débitos trabalhistas da prestadora apenas em casos excepcionais, **quando demonstrado pelo reclamante, de forma cabal e específica, o nexo de causalidade entre o dano ao empregado terceirizado e a conduta negligente do ente público no tocante à fiscalização do cumprimento da legislação trabalhista pela empresa contratada.** II. No caso, na decisão ora agravada, o recurso de revista foi conhecido e provido para afastar a responsabilidade subsidiária, tendo em vista que a Corte Regional atribuiu ao ente público o encargo de demonstrar que fiscalizou adequadamente o contrato administrativo. III. **Logo, é inviável o provimento de agravo interno em que se postula pretensão, relativa ao ônus probatório, contrária ao decidido pela Corte Suprema.** IV. Agravo interno de que se conhece e a que se nega provimento. (Ag-RR-16206-10.2016.5.16.0018, **7ª Turma**, Relator Ministro Evandro Veladão, DEJT 19/09/2019).

A reclamação foi apresentada pelo reclamante, que foi julgada improcedente monocraticamente e mantida no julgamento do agravo. A 2ª Turma do STF negou provimento ao agravo do reclamante, aduzindo que:

Ao afastar a responsabilização da entidade administrativa, o Poder Judiciário, pelo acórdão reclamado, garante a eficácia do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 e **respeita à decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF porque se deu sem a necessária comprovação de culpa, como expressamente afirmado no julgado do Tribunal Superior do Trabalho.**

No caso dos autos, conforme se observa do acórdão recorrido, a Corte Regional reconheceu a responsabilidade subsidiária sem que fosse especificamente demonstrado o nexo de causalidade entre o dano ao empregado terceirizado e a conduta negligente do ente público no tocante à fiscalização da empresa prestadora de serviços quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

A tese jurídica fixada no STF é no sentido de não haver espaço para a responsabilização objetiva "automática" da Administração Pública em matéria de inadimplemento contratual de terceiros que prestam serviços terceirizados, devendo a culpa estar COMPROVADA nos autos, ônus da parte que pretende a imputação de responsabilidade subjetiva. Assim à luz do precedente, que originou a tese de repercussão geral no STF, não se pode presumir a culpa do ente público, seja pela simples ausência de provas da fiscalização, seja pela inversão do ônus probatório.

Diante do exposto, apresento VOTO DIVERGENTE em relação ao voto condutor do eminente Relator, a fim de **negar provimento** ao recurso.

Brasília, 12 de maio de 2020.

MINISTRO ALEXANDRE LUIZ RAMOS