

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CÂMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE LINGUAGEM, CIÊNCIAS AGRÁRIAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

EVELYN HELENA BABINSCHI DIAS DE SOUZA

**OS REFLEXOS DA DECISÃO DO RE 760.931/2017 DO STF: UMA
ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS.**

PONTES E LACERDA - MT

2021

EVELYN HELENA BABINSCHI DIAS DE SOUZA

**OS REFLEXOS DA DECISÃO DO RE 760.931/2017 DO STF: UMA
ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS.**

**Monografia apresentada ao Curso de
Bacharelado em Direito da
Universidade do Estado do Mato
Grosso como pré-requisito parcial à
obtenção do título de Bacharelado em
Direito.**

**Orientadora: Prof. Acássia Mirelle
Martins.**

PONTES E LACERDA - MT

2021

EVELYN HELENA BABINSCHI DIAS DE SOUZA

**OS REFLEXOS DA DECISÃO DO RE 760.931/2017 DO STF: UMA
ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade do Estado do Mato Grosso como pré-requisito parcial à obtenção do título de Bacharelado em Direito.

Aprovado em ____ de abril de 2021.

BANCA EXAMINADORA

**PROF. ACÁSSIA MIRELLE MARTINS
ORIENTADOR**

**PROF. DOUGLAS HENRIQUE DOS
SANTOS
EXAMINADOR**

**PROF. LETÍCIA NUNES ONOFRE
EXAMINADOR**

Dedico este trabalho a minha Família, o bem mais precioso que eu tenho. E a Deus, sem ele nada seria possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me sustentou durante toda essa trajetória, me dando sabedoria e forças para vencer cada obstáculo.

Agradeço também aos meus pais Sr. Júlio Dias de Souza e Sra. Silvania Babinski Dias De Souza, que são minha Base, e sempre me incentivaram a me dedicar aos estudos. Obrigada pais, por sempre estarem ao meu lado, eu amo vocês e essa conquista é nossa.

Agradeço minhas irmãs, Juliana Babinski e Isadora Babinski, por sempre estarem comigo, e me ajudarem nessa trajetória. Eu amo tê-las em minha vida.

De forma especial agradeço ao meu noivo Bruno Muller, que foi fundamental em minha vida durante essa fase, um dos meus maiores incentivadores, que sempre tinha uma palavra de ânimo para me dar, quando o medo e as inseguranças vinham. Obrigada meu amor, eu te amo.

Não poderia deixar de agradecer a todos os meus professores do curso de Direito da Universidade de Pontes e Lacerda – MT, que foram fundamentais por todo conhecimento que adquiri.

Agradeço também a todos os colegas da faculdade, foram 05 anos convivendo juntos, tivemos momentos de alegrias, algumas briguinhas na sala rs, companheirismo, e desejo de todo o coração que todos tenham sucesso no caminho que escolher percorrer.

Agradeço aos estágios que tive e que foram de grande valia para o meu crescimento não só profissional, mas pessoal também. Assim, agradeço ao Dr. Thiago Rodrigues, pela oportunidade de estagiar em seu escritório de advocacia, foi um tempo de muito aprendizado.

Agradeço também, a todos os colegas que tive a oportunidade de conhecer na Procuradoria Municipal De Pontes e Lacerda, onde realizei meu último estágio. Em especial ao Dr. Marcelo Von Groll, por todo ensinamento passado a mim.

E, por fim agradeço ao Dr. Douglas Henrique Dos Santos, bem como a professora Acássia Mirelle Martins, por toda ajuda na realização desse trabalho.

“Todas as coisas cooperam, para o bem
daqueles que amam a Deus” Rm .8:28

RESUMO

O presente projeto, visa analisar os reflexos que a decisão proferida pelo STF no Recurso Extraordinário 760.931/2017, teve sobre a responsabilidade subsidiária da administração pública, nos contratos firmados com empresas terceirizadas. Principalmente os reflexos causados na jurisprudência trabalhista. A responsabilidade subsidiária da administração pública na terceirização de serviços, é um assunto bastante discutido, que já foi submetido a análise do Supremo Tribunal Federal, por duas vezes, a primeira na ADC nº 16/DF e, a segunda pelo RE 760.931/2017. Porém, mesmo após a tese definida pelo STF no recurso extraordinário, 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, observou-se que algumas questões de extrema importância sobre o assunto, não foram esclarecidas. Tendo em vista, a exceção deixada pelo STF: de que caso fique comprovado a omissão do ente público, em fiscalizar o contrato de prestação de serviços, o mesmo pode vir a ser responsabilizado subsidiariamente. E diante dessa exceção, os ministros não fixaram o que seria realmente uma fiscalização adequada? Até que ponto o ente público deve fiscalizar para que possa de certa forma proteger aquele trabalhador e, ser eximido de ser condenado subsidiariamente? A quem caberia o ônus da prova na reclamação trabalhista? E são questões extremamente importantes para fins de caracterizar ou não a responsabilidade do Ente Público. Nesta Senda, pelo fato do STF ter sido omissor, nas oportunidades que teve de esclarecer melhor as dúvidas, é indispensável analisar como a jurisprudência tem se posicionado perante os casos concretos. A metodologia utilizada nesse trabalho, foi por meio de estudos doutrinários, artigos e jurisprudências do Tribunal Superior do Trabalho, na consecução de uma pesquisa qualitativa.

Palavras-Chaves: Terceirização. Administração Pública. Fiscalização. Ônus da Prova. RE 760.931-DF.

ABSTRACT

the present project aims to analyze the reflexes that the decision issued by the STF in the Extraordinary Appeal 760,931 / 2017, had on the subsidiary responsibility of the public administration, in the contracts signed with outsourced companies. Mainly the reflexes caused in the labor jurisprudence. The subsidiary responsibility of the public administration in the outsourcing of services is a subject that has been widely discussed, which has already been submitted to the analysis of the Federal Supreme Court, twice, the first in ADC nº 16 / DF and the second by RE 760.931 / 2017. However, even after the thesis defined by the STF in the extraordinary appeal, that the default of the labor charges of the contractor's employees, does not automatically transfer the responsibility for their payment to the contracting Public Power, either in solidarity or subsidiary, pursuant to art. 71, § 1, of Law No. 8.666 / 93, it was noted that some extremely important issues on the subject have not been clarified. In view of the exception left by the STF: that if the omission of the public entity in verifying the service provision contract is proven, it may be liable in the alternative. And in view of this exception, did the ministers not fix what would be an adequate inspection really? To what extent should the public entity inspect it so that it can somehow protect that worker and be exempted from being condemned in the alternative? Who would bear the burden of proof in the labor claim? And these are extremely important issues for the purpose of characterizing or not the responsibility of the Public Entity. In this Path, due to the fact that the STF was omitted, in the opportunities that it had to clarify doubts better, it is essential to analyze how the jurisprudence has positioned itself before the concrete cases. The methodology used in this work was through doctrinal studies, articles and jurisprudence from the Superior Labor Court, in the pursuit of a qualitative research.

Keywords: Outsourcing. Public administration. Oversight. Burden of Proof. RE 760.931-DF.

LISTA DE SIGLAS

ADC: Ação Declaratória

ART: Artigo

CLT: Consolidação Das Leis do Trabalho

CF: Constituição Federal

RE: Recurso Extraordinário

STF: Supremo Tribunal Federal

TST: Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	14
2.1 AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES DO CONTRATADO: ART. 71 DA LEI 8.666/93.....	16
2.2 DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 71 DA LEI 8.666/93 PELO STF NA ADC 16/DF.....	20
2.3 ALTERAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST.....	22
3 RECURSO EXTRAORDINÁRIO - 760.93/2017 DO STF.....	24
3.1 ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS DO STF.....	29
3.2 TESE DE REPERCUSSÃO GERAL E SUAS OMISSÕES.....	42
4 PANORAMA ATUAL NA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA.....	48
4.1 JURISPRUDÊNCIA DO TRT 23ª REGIÃO.....	48
4.2 JURISPRUDÊNCIA DO TST.....	54
5 LEI 14.133/2021 - NOVA LEI DE LICITAÇÕES.....	60
5.1 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NA LEI SOBRE A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	60
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

A terceirização é um fenômeno que vem cada vez mais adquirindo força e progressão no mercado de trabalho, tanto no âmbito particular, como no público.

Observa-se, que a terceirização envolve na sua relação de trabalho um terceiro sujeito, surgindo dessa forma, o que muitos doutrinadores chamam de relação triangular, pois de um lado teremos o trabalhador, de outro a empresa terceirizada (prestadora de serviços) e a tomadora de serviços.

Feita as considerações iniciais, passa-se a explanar sobre o tema. A terceirização como visto acima, vem evoluindo a cada dia e, por ser um fenômeno de certa forma novo, trouxe consigo alguns embates no que diz respeito a sua utilização na administração pública, principalmente no que se refere a responsabilidade subsidiária deste ente.

É interessante frisar, que tais contratos de prestação de serviços com o Poder Público são celebrados, via de regra, com base na Lei nº 8.666/93 (lei de licitações).

Daí surgiram os embates, pois o art. 71 da referida lei, alega que a inadimplência do contratado, referente aos encargos trabalhistas e entre outros, não transfere à administração pública a responsabilidade por seu pagamento.

Entretanto, a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho que regulamenta a terceirização, em um primeiro momento nada dizia a respeito da responsabilidade da administração pública e, diante do previsto na lei de licitações, subentendia-se que esta não era responsável subsidiário pelos encargos trabalhistas.

Porém, o TST promoveu alteração da súmula 331, que passou a prever a responsabilidade do ente público, caso houvesse inadimplência do contratado.

Dessa forma, várias dúvidas começaram a pairar, tendo em vista que a lei de licitações previa algo e, o TST divergia totalmente. A questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade ajuizada pelo Governador do Distrito Federal (ADC nº 16/DF), reconhecendo a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

Porém, mesmo após a declaração de constitucionalidade do referido artigo, questionava se em algum momento o ente público poderia ser responsabilizado pelo inadimplemento do contratado. O TST, entretanto, após o entendimento do STF na ADC nº 16/DF, alterou novamente a súmula 331, trazendo uma condição para que a administração pública fosse responsável subsidiário, caso não cumprisse com as obrigações previstas na lei de licitações, especialmente no que se refere a fiscalização.

Contudo, apesar da decisão do STF em declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º da lei de licitações, houve ainda algumas decisões entendendo o contrário, alegando que haveria a responsabilidade subsidiária da administração pública, ainda que não averiguado, conduta desidiosa na fiscalização dos contratos, por parte do ente público.

Em virtude desses questionamentos, o Supremo Tribunal Federal, teve que novamente se posicionar diante da referida questão. Assim sendo, em 30 de março de 2017 o plenário da corte suprema, manteve o entendimento obtido na ADC 16, fixando 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. ”

Ou seja, o ente público só pode ser responsável subsidiário, caso tenha prova inequívoca de que não houve a fiscalização.

Dito estas coisas, chegamos ao problema da questão, o STF no RE 760.931/2017 definiu a tese de que a responsabilidade subsidiária da administração não é automática (regra) e, para que haja essa responsabilidade tem que ter provas de que o ente público não realizou uma fiscalização de maneira eficaz (exceção).

A questão é que o STF ao julgar o RE 760.931/2017 deixou “lacunas” abertas no que diz respeito a exceção deixada por eles, pois não fixaram qual a extensão da fiscalização a ser realizada pelo ente público? A quem caberia o ônus da prova para fins de responsabilização subsidiária da administração pública?

Assim, o presente trabalho visa analisar os reflexos que a decisão do Re 760.931/2017 do STF vem causando na jurisprudência trabalhista.

Pois, diante da omissão que havia na lei de licitações 8.666/93, e pelo fato do STF ter sido omissor também em duas oportunidades que teve de esclarecer melhor as dúvidas quanto ao assunto em questão, é indispensável analisar como a jurisprudência tem se posicionado perante os casos concretos.

Ademais, ressalta-se que foi recém-publicada a nova Lei de Licitações 14.133/2021, a qual passaremos a analisar também, pois a mesma trouxe algumas mudanças referente a responsabilidade subsidiária da administração pública.

A metodologia que foi utilizada neste trabalho, foi por meio de estudos doutrinários, artigos, e jurisprudências do Tribunal Superior do Trabalho, na consecução de uma pesquisa qualitativa.

O presente trabalho, estrutura-se em quatro capítulos, sendo que no primeiro capítulo, será abordado o contexto histórico da terceirização na administração pública e, após será demonstrado os embates que levaram o STF julgar a ADC nº 16/DF e, o TST a mudar a redação da súmula 331.

No segundo capítulo, será realizado uma análise do recurso extraordinário 760.931/2017, fazendo observações sobre os votos proferidos pelos ministros e, apontando as omissões deixadas pelo STF sobre o assunto na definição da tese.

No terceiro capítulo, irá buscar identificar os reflexos dessa decisão no Tribunal Superior do Trabalho (TST), e no quarto capítulo abordaremos sobre a Nova Lei de Licitações, analisando se a mesma sanou as omissões que haviam na antiga lei de licitações 8.666/93 e, que também não foram sanadas pelo STF no julgamento do Re 760.931/2017.

2 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização, pode ser denominada como uma relação triangular, pois estão presentes nessa relação de trabalho a tomadora de serviços, a prestadora desses serviços e, o trabalhador. Dessa forma, “o trabalhador presta serviços para a tomadora, mas sempre por intermédio da empresa terceirizada, não havendo contratação direta neste caso, Trata - se, portanto, de uma subcontratação de mão de obra” (ROMAR, 2018, p. 156).

Segundo Leite (2019), a terceirização para alguns autores trata simplesmente da entrega de serviços não essenciais da empresa a terceiros, entretanto existem outros que conceituam a terceirização como uma forma de transferir a responsabilidade da contratação de serviços, até então assumidos pela contratante (tomadora de serviços) a outras empresas intermediadoras (prestadora de serviços). Pois, essa interferência afeta a relação bilateral entre empregador e empregado, passando a existir uma relação triangular.

Conforme explicado acima, a terceirização para alguns é algo benéfico que veio para ampliar o mercado de trabalho, tendo em vista que a mesma proporciona as empresas, a redução de seus custos, o aumento de sua lucratividade e, em consequência a sua competitividade no mercado. Mas, em cima desses benefícios a quem acredite que a terceirização é uma forma de *marchandage*¹, ou seja, uma fraude as leis trabalhistas. Porém, não cabe mais dizer se a terceirização é benéfica ou prejudicial e, sim aceitar que a mesma é uma realidade em nosso mercado de trabalho, tanto na esfera particular, como na pública.

Conforme Romar (2018), o Brasil por muito tempo não teve lei disciplinando a terceirização de forma genérica, havia apenas algumas hipóteses previstas na CLT, como por exemplo o art. 455², que tratava da empreitada e da subempreitada, mas eram artigos que se referiam a situações específicas e, o autor deixa claro que

¹ Palavra de origem francesa, que traduzida para o português significa barganha.

² Art. 455. “Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. ”

essas situações eram consideradas na época, apenas um embrião da ideia e do modelo de terceirização utilizados atualmente.

Porém, a inexistência de uma legislação mais específica sobre como se procederia a terceirização, não impediu que entre 1980 e 1990, houvesse um grande aumento na utilização desta modalidade. O que motivou o poder judiciário a tomar medidas, de maneira a analisar de forma mais profunda tal questão.

Dessa forma, diante da ausência de uma regulamentação legislativa, por muitos anos a terceirização fora definida através da análise do posicionamento jurisprudencial consolidado pelo TST, através da súmula 331, que abordaremos com maior ênfase mais a frente, tendo em vista que está sofreu algumas modificações.

É importante ressaltar que, o Tribunal Superior do Trabalho através da súmula 331 trazia o que era terceirização lícita e ilícita, pois teve uma época em que a terceirização só poderia ser realizada para a atividade-meio da tomadora de serviços. Entretanto, depois de muitas divergências, foram promulgadas as leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, que alterou a lei nº 6.019/74, a qual passaram a prever de maneira mais específica as regras sob terceirização em nosso País. Sendo assim, o art. 4º - A, da lei nº 6.019/74 (lei do trabalho temporário), traz o seguinte conceito para a terceirização:

Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (BRASIL, 1974).

Assim sendo, nota-se que não há mais a diferenciação entre terceirização em atividade-fim e atividade-meio, sendo permitida, por exemplo, a terceirização em qualquer atividade da tomadora de serviços, até mesmo em sua atividade principal.

Ressalta-se, que a legislação não mencionou em relação a quem pode contratar serviços terceirizados. Isto posto, entende-se que empresas privadas, entidades sem finalidade lucrativa, administração pública, podem terceirizar.

Desta maneira, a terceirização no setor público foi inicialmente legalizada através do decreto-lei nº 200/67³, a qual alegava que a administração pública poderia utilizar da execução indireta de algumas atividades, por intermédio de contrato e desde que observadas algumas condições:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada e desempenhar os encargos da execução.

Diante disso, nota-se um incentivo a descentralização na prestação de serviços. Sendo certo, que a aplicação na administração pública, se restringe a atividades meramente operacionais, subalternas e executivas, sem ligação com a atividade fim do setor público neste caso.

No entanto, embora a leis 13.429/2017 e 13.467/2017, tenham alterado alguns dispositivos da lei do trabalho temporário, trazendo regras mais específicas sobre a terceirização, no âmbito da administração pública continua a aplicar-se o entendimento da súmula 331 do TST, somente no que diz a seu respeito.

Porém, a terceirização na administração pública tem algumas particularidades, tendo em vista que é necessário observar o disposto na lei de licitações, que veremos a seguir.

2.1 AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO

³ Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe, sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências.

PÚBLICA PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES DO CONTRATADO: ART. 71 DA LEI 8.666/93

Conforme dito anteriormente, a terceirização na administração pública tem suas particularidades, isso porque as contratações realizadas com a mesma, segue as normativas previstas na lei 8.666/93, conhecida como lei de licitações.

E, “de acordo com o disposto no art. 71, §1º, da referida lei, se uma empresa contratada pelo Estado deixar de recolher encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere a administração pública a responsabilidade por seu pagamento” (MAZZA, 2019, p. 648)

Assim, observa-se que o legislador eximiu o ente público de ser responsável subsidiário, em casos de inadimplemento do contratado, vejamos o disposto no referido artigo abaixo:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995). (BRASIL, 1993)

Segundo Paulo e Alexandrino, fica evidente que não há qualquer responsabilidade para a administração pública, pois:

Parte-se da premissa que tendo havido regular procedimento licitatório, a terceirização será desempenhada adequadamente. Será escolhida empresa idônea. E os requisitos para a habilitação ao procedimento licitatório afastam a culpa *in eligendo* (culpa em eleger, em escolher) da administração. Também é afastada a culpa *in vigilando* (culpa por falta de fiscalização, atenção), tendo em vista a obrigação assumida pelo contratado de manter durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. (PAULO e ALEXANDRINO, 2008, p. 89)

Conforme explicado acima, a administração pública não responde pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, isso por força de lei expressa.

Ressalta-se ainda, que anteriormente o legislador não previa nem a possibilidade da responsabilidade solidária do ente público. Isso ocorreu, somente após a entrada em vigor da lei nº 9.032/95, em que o legislador optou por estabelecer a responsabilidade solidária da Administração Pública, mas apenas no que se refere aos encargos previdenciários do contratado.

Porém, existem autores que discordam dessa não responsabilização subsidiária do ente público. Conforme Leite (2019) o fundamento do legislador para isso, reside no tratamento não isonômico, conferido no campo do direito obrigacional, em favor dos entes integrantes da administração direta ou indireta em detrimento das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, que eventualmente utilizem do processo da terceirização.

Conforme mencionado pelo autor, em seu ponto de vista, a vedação da responsabilidade subsidiária da administração pública nesses casos, é uma forma de privilegiar os seus integrantes na utilização da terceirização.

E por outro lado, temos doutrinadores que entendem da seguinte maneira:

"Também se defende a ausência de responsabilidade da administração pela alegação que, se ela respondesse pelos débitos trabalhistas inadimplidos pela contratada ou prestadora, estaria sendo duplamente onerada, porque no valor ajustado e pago pela prestação dos serviços estão incluídos os encargos trabalhistas que não foram repassados pela prestadora ao trabalhador. (PAULO e ALEXANDRINO, 2008, p. 103)

E em que pese existir divergências sobre tal questão conforme visto anteriormente, existe um fato, de que há uma lei vedando a responsabilidade subsidiária da administração pública.

Porém, embora exista esta vedação, na prática observou-se por exemplo, que os Juízes e Tribunais do Trabalho começaram a não aplicar o art. 71, §1º da lei 8.666/93, e reconheciam a responsabilidade subsidiária dos entes públicos, com base na súmula 331, IV do TST, o qual versava da seguinte maneira (revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994):

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos

serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Entretanto, a interpretação do art. 71, §1º, da lei 8.666/93 seguia controvertida nos tribunais, pois alguns entendiam que não havia a responsabilidade subsidiária tendo em vista a expressa vedação na lei de licitações, e outros reconheciam a responsabilidade com base na súmula 331 do TST, embora a mesma tenha sido silente em relação a administração pública.

Assim, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em 11.09.2000, em decorrência do julgamento do IUJ-RR - 297751-31.1996.5.04.555539, foi decidido por unanimidade alterar o item IV da súmula 331, que passou a ter a seguinte redação:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Sendo assim, o TST decidiu incluir a administração pública no rol de responsáveis subsidiários, caso ocorra o inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa contratada, e tal decisão foi tomada sem declarar expressamente a inconstitucionalidade do dispositivo da lei de licitações, pois concluíram que o art. 37, §6º, da Constituição Federal⁴ consagra a responsabilidade objetiva da administração, sob o preceito da modalidade de risco administrativo, estabelecendo portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiros.

Dessa forma, mesmo havendo uma notória contrariedade ao um dispositivo legal, no caso o art. 71, §1º da lei 8.666/93, o disposto na súmula 331 do TST passou a prevalecer.

⁴ Art. 37, §6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Logo, com base nesse entendimento, a aplicação da lei era afastada, mas sem declarar a sua inconstitucionalidade, o que viola seriamente o princípio da reserva de plenário, conforme prevê o art. 97 da CF⁵, dando ensejo ao ajuizamento de reclamações constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal, por expressa violação a sumula vinculante nº 10⁶.

2.2 DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 71 DA LEI 8.666/93 PELO STF NA ADC 16/DF

Diante de toda essa situação de insegurança jurídica, tendo em vista que a lei de licitações previa algo e, o TST em sua súmula 331 divergia totalmente, o STF (RE 603.397 RG/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, J. em 04.02.2010, DJe-067, div. 15.04.2010, publ. 16.04.2010) reconheceu a existência de repercussão geral sobre o determinado assunto, para examinar se o art. 71, §1º da lei 8.666/93 era constitucional.

Assim, em 24.11.2010, por votação majoritária, o plenário do STF declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º da lei de licitações.

Leite (2019), menciona que a referida decisão foi tomada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16), ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face da sumula 311 do TST, que contrariava o que está disposto no §1º do art. 71 já mencionado, pois responsabilizava subsidiariamente a administração pública, em relação aos débitos trabalhistas, quando a mesma atuava como contratante de serviços terceirizados.

O governador do Distrito Federal, fundamentou que o dispositivo legal da lei de licitações, estava sofrendo ampla retaliação por parte dos órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que na maioria de suas decisões nega vigência ao que está disposto no art. 71, §1º, da lei 8.666/93.

⁵ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁶ Súmula Vinculante nº 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

No julgamento da ADC nº 16, o presidente e relator a época, ministro Cezar Peluso, alegava que o TST reconhecia a responsabilidade da administração com base nos fatos, ou seja, por questões factuais ligadas a cada contrato particular e, não com base na inconstitucionalidade da lei e, por esse motivo entendia o mesmo que o TST não possuía dúvidas quanto a constitucionalidade da referida norma, e que dessa forma, seria dispensável que o tribunal a reconhecesse quando não há controvérsia a respeito. Ademais, alegou que:

Mas, enfim, se esta Corte entender de conhecer ainda assim quanto ao mérito, não tenho nada que discutir. Considero a norma constitucional também, o que não impedirá que a justiça do trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa.⁷

Mas, em contrapartida a ministra Cármen Lúcia, relatou:

Presidente, acho que aqui há um dado: a norma, como acabei de reler é taxativa. No contrato administrativo, não se transferem ônus à Administração Pública que são entregues ao contratado. Se a justiça do Trabalho afasta, ela tem que afastar essa norma por inconstitucionalidade, porque senão é descumprimento de lei. Não há alternativa.⁸

No mesmo sentido, o ministro Marco Aurélio, afirmou que o artigo 71 da lei nº 8.666/93 é categórico no que afasta a responsabilidade do Poder Público, quando tomada a mão de obra mediante empresa prestadora de serviços. E ressalta que quando o TST declarou a responsabilidade subsidiária do ente público, o mesmo afastou o preceito firmado na lei de licitações, sem a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Sendo assim, mesmo diante de alguns embates sobre a aplicação ou não da responsabilidade subsidiária da administração pública, o STF no julgamento da ADC 16 se privou a somente reconhecer a constitucionalidade do art. 71, §1º da lei 8.666/93, o que para muitos significaria a solução da controvérsia, mas não ocorreu dessa forma.

Pois, em que pese o entendimento fixado na ADC 16, ter dado provimento a inúmeras reclamações contra decisões do TST e de tribunais Regionais do Trabalho

⁷ STF, Ação declaratória nº 16/DF, voto Ministro César Peluso p. 38.

⁸ STF, Ação declaratória nº 16/DF, voto Ministra Cármen Lúcia p. 38.

fundamentadas na súmula 331, o presidente do TST ressaltou que isso não impediria o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa, observando a omissão culposa na fiscalização do cumprimento do contrato de licitação, ou seja, teria que ficar caracterizado a culpa in vigilando da administração pública.

2.3 ALTERAÇÃO DA SÚMULA 331 DO STF

Com a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º da lei 8.666/93, através da ADC 16 julgada pelo Supremo, o Tribunal Superior do Trabalho alterou o item IV da súmula 331, e acrescentou os incisos V e VI, vejamos:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

(...)

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 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.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Dessa forma, observa-se que, o Superior Tribunal do Trabalho alterou a redação do inciso IV, trazendo que o ente público pode responder subsidiariamente pelos encargos trabalhistas, não quitados pela empresa terceirizada, se restar evidenciado a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da lei de licitações, principalmente no que diz respeito a fiscalização.

Assim, na visão de Delgado (2019) a nova redação dada a súmula 331, traz a adequação da jurisprudência trabalhista à decisão do STF, excluindo a ideia de

responsabilidade objetiva e também por culpa *in elegendo*, entretanto mantém a responsabilidade por culpa *in vigilando*, que decorre na omissão do dever de fiscalizar.

No mesmo sentido, Di Pietro (2020) alega que pela decisão proferida pelo STF declarando a constitucionalidade do art. 71, §1º da lei de licitações, e diante da alteração da súmula 331 do TST, em regra o ente público não responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas, em caso de inadimplemento do contratado, exceto se houver omissão ou falha na fiscalização da execução do contrato.

Porém, aquilo que era para ser a solução, acabou trazendo mais dúvidas e divergências, tendo em vista que os tribunais do trabalho continuaram a proceder da mesma forma, pois declaravam a responsabilidade do ente público de forma automática, o que acarretou em uma nova interferência do STF sobre assunto, que veremos a seguir.

3 RECURSO EXTRAORDINÁRIO - 760.93/2017 DO STF

O RE sob nº 760.931/2017 do STF, trata-se de recurso da união contra acórdão prolatado pela Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, proferido

posteriormente a decisão do STF na ADC nº 16/ DF e, após também a alteração realizada pelo TST na redação do inciso VI da súmula 331, como visto anteriormente.

No acórdão, foi declarada a responsabilidade subsidiária da União, pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pelo empregador ao trabalhador, em razão da culpa *in vigilando*, caracterizada na visão da Segunda Turma do TST, pela falta de fiscalização da união do contrato de prestação de serviços.

Ressalta-se, que após o julgamento da ADC nº 16/DF, foram interpostos vários recursos extraordinários contra decisões proferidas pelas turmas do Tribunal Superior do Trabalho, visando a reforma desses acórdãos, que continuaram a responsabilizar a administração pública nesses casos.

Pois, muitos entendiam que o posicionamento do TST ao declarar a responsabilidade subsidiária do ente público, implicaria na violação ao acórdão proferido pelo STF na ADC Nº 16/DF, tendo em vista que foi reconhecida a constitucionalidade do art. 71, §1º da lei de licitações, que afasta essa responsabilidade.

Ademais, os próprios ministros do STF estavam divergindo no julgamento das reclamações constitucionais, tendo em vista que a primeira turma vinha considerando a aplicação da justiça do trabalho, em responsabilizar o ente público quando verificado a sua omissão em fiscalizar a execução do contrato de terceirização. É o que se extrai do julgado em agravo regimental na Reclamação nº 15.353, da Primeira Turma, Relatora Rosa Weber:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA NA ADC 16. AFRONTA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE OBJETO ENTRE O ATO IMPUGNADO E A DECISÃO INDICADA COMO DESRESPEITADA.

O manejo de reclamação é restrito às hipóteses expressamente previstas nos arts. 102, I, “I”, e 103-A, § 3º, da Constituição da República - incabível a utilização desse instrumento como sucedâneo de recurso ou atalho processual. Decisão reclamada fundada na segunda parte do art. 509 do CPC – “recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses”.

Ausência de identidade de objeto entre o ato impugnado e a decisão indicada como desrespeitada.

Agravo regimental conhecido e não provido.

(...)

2. Consoante destacado na decisão agravada, no julgamento da ADC 16, ocorrido em 24.11.2010, ao concluir pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, o Pleno desta Corte abraçou a tese da inviabilidade da aplicação da responsabilidade objetiva à Administração Pública pelas verbas trabalhistas decorrentes de contrato de prestação de serviços firmado na forma da Lei 8.666/93, consoante emerge da ementa do acórdão da lavra do eminente Min. Cezar Peluso:

“EMENTA: 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”.

Também resultou destacado que aludido dispositivo não impede o reconhecimento da responsabilidade do ente público ante ação culposa da Administração Pública – como no caso de omissão na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado-, consideradas as peculiaridades fáticas do caso concreto, com espeque em outras normas, regras e princípios do ordenamento jurídico.

3. Inúmeras as decisões monocráticas desta Corte, exaradas em sede de reclamação, em que afastada a alegação de afronta à ADC 16, porquanto embasado o julgamento na constatação de culpa da Administração Pública: Rcl 15.152/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Dje 07.3.2013, Rcl 15.157/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 06.3.2013, Rcl 15.052/RO, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje 01.02.2013, Rcl 15.298/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 05.3.2013, Rcl 12.925/ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Dje 26.11.2012, Rcl 14.888/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje

22.11.2012, Rcl 8.475/PE, Rel. Min. Ayres Britto, Dje 13.4.2012.

Note-se que, nesses casos, não se cuidou de responsabilização automática do ente público, tampouco de ofensa ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, mas de efetiva culpa do ente público pelo descumprimento do dever de fiscalizar o adimplemento das verbas trabalhistas decorrentes da prestação de serviços contratada. (STF, 2016).

Observa-se, que a tese predominante da Primeira Turma do STF, era a mesma exarada pelo ministro Cesar Peluso na ADC 16/DF, onde o mesmo alegava que a constitucionalidade do art. 71, §1º da lei 8.666/93, não impossibilitaria que o ente público fosse responsabilizado subsidiariamente, caso fique comprovado a culpa *in vigilando*, ou seja, omissão na fiscalização do contrato de prestação de serviços.

E por outro lado, as Decisões da Segunda Turma do STF, estavam sendo mais restritivas, tendo em vista que defendiam que a responsabilização subsidiária da administração pública, diante da ausência de prova de fiscalização, implicaria na violação da decisão proferida na ADC 16/DF.

Pois, segundo essa turma a presunção de culpa da administração pública, implica na transferência automática da responsabilidade das verbas trabalhistas inadimplidas ao ente público, prática totalmente vedada pela ADC 16/DF, cabendo ao demandante da ação comprovar a omissão em fiscalizar do poder público. Observa-se a decisão monocrática da Ministra Carmen Lúcia, na Reclamação 19.147/SP:

DECISÃO RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CULPA DA ENTIDADE ADMINISTRATIVA. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. [...] eis a decisão recorrida: “[...] ficou demonstrado ainda que a prestadora de serviço contratado deixou de adimplir diversas obrigações trabalhistas e de remunerar corretamente as verbas rescisórias, observar o salário mínimo estadual, pagar horas extras e tíquete alimentação, situações que bem ilustram sua falta de idoneidade financeira e trabalhista. Com já realçado, o Município não comprovou a efetiva fiscalização do cumprimento da legislação previdenciária, fiscal e trabalhista por parte da empresa que lhe prestou serviços, incorrendo em conduta culposa apta a gerar responsabilidade subsidiária. Assim, patente a culpa contratual da recorrente, porquanto descuidou o ente público de seu dever de fiscalizar o cumprimento da lei pelos prestadores de serviço, encargo expressamente previsto pela Lei n. 8.666/93 [...]”.

[...] 14. Como realcei no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública desacompanhada da demonstração efetiva e suficiente da irregularidade de seu comportamento, comissivo ou omissivo, quanto à fiscalização do contrato de prestação de serviços, é “rigorosamente, fragorosamente e exemplarmente contrário à Constituição, porque o artigo 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual” (DJ 9.9.2011).

Não se está a questionar a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar demandas nas quais se analisa a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por descumprimento da Lei n. 8.666/1993, nem a debater sobre a natureza jurídica das obrigações decorrentes dos contratos firmados entre a Administração e a empresa terceirizada e entre esta e seus empregados. Afirma-se, apenas, a impossibilidade jurídica de se imputar culpa sem a respectiva prova de que o dano suportado pelo trabalhador decorra diretamente de irregularidade da conduta dos agentes públicos. Na espécie vertente, a forma como se deu a responsabilização da entidade administrativa nega vigência ao art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 e contraria a decisão do Supremo Tribunal Federal na

Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF. Não se pode admitir a transferência para a Administração Pública, por presunção de sua culpa, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários devidos ao empregado da empresa terceirizada. [...] (STF, 2015).

No mesmo sentido, encontra-se o julgado do Ministro Teori Zavascki, Reclamação 17.917/RS:

[...]. No julgamento da ADC 16, esta Corte, além de declarar constitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8666/1993, que afasta a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas não adimplidas pelo contratado, também deixou clara a possibilidade de a Justiça do Trabalho apreciar eventual culpa na gestão e fiscalização do contrato e, com base nessa causa jurídica e por incidência de outras normas, atribuir responsabilidade pelas consequências. Em sessão plenária de 19/11/2014, no julgamento da Rcl 10.829 AgR (Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 10/2/2015), a Ministra Cármen Lúcia fixou balizas objetivas quanto ao alcance do conteúdo decisório da ADC 16, oportunidade em que registrou em seu voto: “Eu considere que o Ministro Celso estabeleceu que, no caso examinado, estaria demonstrada a culpa da Administração. Também já decidi assim. E o que nós estávamos discutindo, naquela ADC 16, foi que, por presunção, não se pode declarar a responsabilidade contratual do Estado, porque o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666 é constitucional. Reconhecemos sua constitucionalidade, ressalva feita à possibilidade de, num caso concreto, ao se contratar - caso que nós já tivemos -, o Tribunal do Trabalho verificar que ficou provado que não houve, por exemplo, a fiscalização. O que não vale para mim, acho que também para o Ministro Toffoli - pelo menos temos partilhado da mesma conclusão -, é a só existência da afirmação: fica provado, sem fundamentação. Mas, se o Ministro examinou e verificou que nos casos dele estava provado, e por isso é que ele deu essa solução na reclamação, em agravo, eu penso e continuo pensando isto: Justiça do Trabalho não pode, desconhecendo o nosso julgamento, presumir o contrário do que é a presunção no Brasil. Os atos da Administração Pública presumem-se válidos até prova cabal e taxativa em contrário.” Assentadas essas premissas, o caso revela ofensa ao conteúdo decisório da ADC 16. Isso porque o acórdão reclamado, considerando que caberia ao Município demonstrar a regular fiscalização e execução do contrato, faz referência à ausência de provas aptas a afastar a responsabilidade imputada ao ente público: (...) O tomador de serviços não carrega aos autos qualquer evidência das medidas tomadas para evitar as irregularidades observadas, configurando-se inarredável a respectiva omissão. Ante todo o exposto, encontra-se perfeitamente qualificada a culpa in vigilando do ente público. (...) Manifesta, pois, a culpa in vigilando do tomador de serviços, sendo, ademais, patente a relação de causalidade entre a conduta culposa omissiva do referido ente público, qualificada pelo descumprimento dos deveres legais a que estava jungido e a violação de direitos trabalhistas da autora (doc. 11, fls. 9/10). Com efeito, o acórdão não se pauta em elementos fáticos e probatórios para subsidiar a condenação da Administração Pública, o que evidencia, sem adentrar na discussão acerca do ônus da prova, a presunção de responsabilidade do ora reclamante – conclusão não admitida por esta Corte quando do julgamento da ADC 16. [...] (STF, 2015).

Dessa forma, a fim de uniformizar a jurisprudência, o STF editou o tema 246 da Repercussão Geral, o que implicou na interrupção de todos os processos que estavam em andamento que apresentavam como assunto o tema abaixo:

Tema 246 – Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço.

Sendo assim, o Re 760.931/DF, que teve sua repercussão geral reconhecida, foi eleito como representativo do tema 246, na forma de *leading case*⁹, cabe dizer que anteriormente, a repercussão geral já havia sido reconhecida pelo STF no Re nº 603.397/SC, sendo a relatora a Ministra Ellen Gracie, porém por tramitar em segredo de justiça, o mesmo foi substituído pelo Recurso extraordinário 760.931/DF.

A presente repercussão geral, discutiu à luz dos artigos 5º, II; e 37, §6º; e 97, da Constituição federal, a constitucionalidade ou não, do art. 71, §1º, da lei 8.666/93, que veda a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços.

Assim, no RE nº 760.931/DF a união alegou que a segunda turma do TST violou o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16/DF, ao declarar a sua responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas.

Ademais, atribuiu ao TST desobediência ao que foi declarado na presente ação declaratória de constitucionalidade, alegando violação ao disposto no art. 102, §2º da CF, que atribui as decisões proferidas em ação de controle abstrato de constitucionalidade a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante.

Por conseguinte, a união relatou a inobservância da súmula vinculante nº 10 do STF, que relata sob a cláusula de reserva de plenário, que ocorre quando a decisão de órgão fracionário de tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

⁹ É uma palavra inglesa, que é utilizada como uma expressão jurídica que pode ser traduzida como caso paradigmático e caso principal, respectivamente.

Além disso, alegou a violação ao disposto no art. 71, §1º da lei 8.666/93, e ao disposto no art. 97 da Constituição Federal, tendo em vista que a corte trabalhista decidiu a lide somente embasada no inciso IV da Súmula nº 331 deste mesmo tribunal, ignorando os demais dispositivos em referência.

Ademais, foram admitidos como *amici curiae*¹⁰, para a defesa da não responsabilização subsidiária do ente público, o Estado de São Paulo, a Federação Nacional das Empresas de Serviços e Limpeza ambiental, o Colégio Nacional de Procuradores-gerais dos Estados e do Distrito Federal e a Valec – engenharia, construções e Ferrovias S.A. E, em defesa do reconhecimento da responsabilidade subsidiária, requereu ingresso a Federação Nacional das Empresas de Serviços e limpeza ambiental.

Houve também, parecer da Procuradoria-Geral da República, por meio do procurador José Bonifácio Borges de Andrada, que se manifestou pelo desprovimento do recurso extraordinário, defendendo a manutenção da responsabilidade subsidiária da União.

Assim, após esses andamentos, os ministros deram início ao julgamento do recurso extraordinário, que passaremos a analisar a seguir.

3.1 ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS DO STF

O julgamento do Recurso extraordinário 760.931/DF, trouxe vários posicionamentos diferentes entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal acerca da terceirização, e sua aplicação na administração pública, principalmente no que diz respeito a responsabilidade subsidiária.

Primeiramente, a Ministra e relatora Rosa Weber, relatou que o julgamento da Ação declaratória 16/DF pelo STF, não pacificou as divergências na Justiça do Trabalho, e sim as acirrou. A mesma alega que:

¹⁰ Expressão latina que significa “amigo da corte” ou “amigo do tribunal”, é a pessoa ou entidade estranha à causa, que vem auxiliar o tribunal, provocada ou voluntariamente, oferecendo esclarecimentos sobre questões essenciais ao processo.

Nesse enfoque de multiplicação de controvérsias e de processos – são 50 mil processos sustados, fora um número ainda superior de processos em andamento, versando sobre esse mesmo tema –, é que me animo a enfrentar a matéria com o encaminhamento que vou propor.¹¹

A Ministra, também relata que ressalvada as questões já pacificadas na corte, a presente matéria discutida é infraconstitucional, pois em sua visão quem haveria de dizer como deveriam ser resolvidas essas questões, referente a responsabilidade subsidiária da administração na terceirização, é o Tribunal Superior do Trabalho.

Ademais, a Ministra Rosa Weber defendeu em seu voto que o art. 71, §1º da lei 8.666/93, afasta a responsabilidade contratual do ente público, das obrigações trabalhistas referentes aos empregados da prestadora de serviços, não podendo automaticamente, ser considerada devedora principal daqueles trabalhadores.

Porém, a mesma alegou que: *“A constitucionalidade desse preceito legal, declarada pelo Plenário desta Corte, todavia, não inibe o equacionamento do tema à luz das demais normas e princípios do ordenamento jurídico pátrio.”*¹²

Assim, em sua visão a administração pública não pode automaticamente ser condenada subsidiariamente, mas se ficar comprovado que a mesma se omitiu em fiscalizar o contrato firmado com a prestadora de serviços, cabe a sua condenação ao pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas por esta.

Ressalta-se ainda, que a comprovação, ou seja, a distribuição do ônus da prova, é uma das partes cruciais do julgado, que ultrapassa a questão da constitucionalidade debatida no âmbito da ADC 16/DF, tal questão também foi objeto de discussão, e para a relatora a solução nesse caso se daria através da teoria da culpa presumida, e para explicar melhor trouxe em seu voto, o posicionamento do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello¹³:

[...]. A adoção da culpa presumida, situada dentro da responsabilidade subjetiva, possibilita ao ente público – detentor dos meios probatórios – demonstrar o cumprimento do dever legal, a inexistência de negligência,

¹¹ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto da Ministra Rosa Weber, p. 25.

¹² STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto da Ministra Rosa Weber, p. 100.

¹³ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto da Ministra Rosa Weber, p. 120 e 121.

imperícia ou imprudência e, mais especificamente, em situações como a dos autos, demonstrar “que não teve culpa [...], que não desatendeu às prescrições existentes”, no caso, aquelas constantes do artigo 67 da Lei 8.666/93, entre outras. Logo, apenas se pode exaltar o efeito exonerador do art. 71 dessa Lei se cumpridas as obrigações previstas nessa Lei, especialmente em seu art. 67, detalhadas e renovadas na Instrução Normativa nº 2/2008 do MPOG.

Sendo assim, diante da teoria da culpa presumida, o encargo probatório em análise caberia a administração pública. Além do mais, a ministra utiliza como base o princípio da aptidão para a prova, que remete a ideia de que o responsável pela produção das provas, tem de ser aquele que apresenta melhores condições para realizá-la, independentemente da imposição legal.

Dessa forma, em sua visão seria desproporcional incumbir aos trabalhadores das empresas terceirizadas, o ônus de provar que não houve a fiscalização adequada por parte da administração pública, e isso para muitos doutrinadores é a chamada “prova diabólica”¹⁴.

Logo, em seu voto defendeu que cabe a administração pública o poder-dever fiscalizatório do contrato de prestação de serviços, de acordo com o que está previsto em vários dispositivos da lei 8.666/93 e na Instrução Normativa nº 02 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Bem como o ônus de provar que realizou a devida fiscalização para que seja eximido de ser condenado subsidiariamente ao pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pelo contratado.

Assim, na conclusão de seu voto a Ministra Rosa Weber decidiu negar provimento ao RE 760.931/DF interposto pela União, alegando que o TST no acórdão recorrido, desproveu o agravo de instrumento da União ao fundamento de que restou ausente, no acórdão do Tribunal Regional, referências sobre práticas de fiscalização por parte do ente público, o que era de seu exclusivo *ônus probandi*¹⁵.

¹⁴ É uma expressão utilizada nas hipóteses em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil de ser produzida.

¹⁵ Palavra latim, que traduzido para o português significa o ônus da prova, ou seja, o encargo de provar algo.

Dessa forma, a ministra não restou convencida de que o TST em seu julgamento declarou a inconstitucionalidade do art. 71, §1º da lei 6.888/93. Sintetizando que:¹⁶

Como mencionado ao início, na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a responsabilidade do Estado por danos decorrentes de descumprimento de dever legal – hipótese em exame – ocorre no campo da responsabilidade subjetiva com culpa presumida, em que se impõe ao ente público tomador dos serviços a prova do cumprimento do seu dever, no caso, fiscalizatório. 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. Concluir pela irresponsabilidade estatal ou pela imposição do encargo probatório ao trabalhador, em hipóteses como a debatida, implicaria desconsideração do valor social do trabalho e dos princípios trabalhistas, que visam a assegurar o resguardo dos direitos fundamentais do trabalhador e do princípio da dignidade humana, em homenagem à nova ordem constitucional. O mesmo Poder Público que exige dos empregadores privados, por meio das suas regras de caráter cogente, o cumprimento da totalidade do conjunto das obrigações trabalhistas deve se esmerar para que essas sejam honradas em relação àqueles que lhe prestam serviços. 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 prestado.

Dessa forma, a ministra Rosa Weber propôs que fosse adotada em repercussão geral, a seguinte tese¹⁷:

¹⁶ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto da Ministra Rosa Weber, pág. 172.

¹⁷ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto da Ministra Rosa Weber, p. 173.

1) Seja reafirmada a tese de que a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, declarada na ADC nº 16, veda a transferência automática, à Administração Pública, dos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato de prestação dos serviços e 2) firmada, neste julgamento, a tese de que não fere o texto constitucional (art. 5º, II, 37, caput, e 37, § 6º) a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo inadimplemento, por parte da prestadora de serviços, das obrigações trabalhistas, em caso de culpa comprovada – em relação aos deveres legais de acompanhamento e fiscalização do contrato de prestação de serviços –, observados os princípios disciplinadores do ônus da prova.

Em antecipação ao voto, o Ministro Edson Fachin acompanhou o voto da relatora Rosa Weber, concluindo que as premissas estabelecidas no acórdão recorrido são inequívocas, pois houve omissão por parte da União em fiscalizar o contrato de prestação de serviços e, por fim concluiu¹⁸:

Diante do exposto, entendo também e acompanho a eminente Relatora pela negativa do provimento do recurso extraordinário, assentando que, em face da configuração da *culpa in vigilando e in eligendo*, o ente público pode ser responsabilizado por ter faltado com o dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços por ele contratada.

Em seguida, o Ministro Luis Roberto Barroso em seu voto, trouxe algumas questões extremamente importantes para a análise da responsabilização da administração pública nos casos de inadimplemento do contratado, vejamos¹⁹:

O caso coloca, contudo, debate mais amplo. Sua decisão impõe que se respondam as seguintes questões: (i) Qual é a natureza da responsabilidade do Poder Público: a mera inadimplência das obrigações trabalhistas por parte da contratada enseja a responsabilidade da Administração Pública ou é necessária a comprovação de *culpa in vigilando*? (ii) A depender da resposta anterior, qual é a abrangência da fiscalização a ser efetivada pelo Poder Público para evitar a configuração de *culpa in vigilando* e, portanto, a responsabilização da Administração? (iii) Em caso de constatação de infração a obrigações trabalhistas, no âmbito da fiscalização promovida pela Administração, quais medidas devem ser tomadas a fim de evitar a alegação de omissão por parte do ente público? (iv) A quem cabe o ônus de provar a (in)ocorrência de *culpa in vigilando*? É o que se passa a examinar.

¹⁸ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Edson Fachin, p.177.

¹⁹ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 188.

Primeiramente, em relação a natureza da responsabilidade do Poder Público, o ministro alega que não é subsidiária automática em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas, mas que tal responsabilidade pode ser configurada, caso demonstrada a culpa *in vigilando*, conforme decidido na ADC 16/DF.

Ademais, o ministro Luiz Roberto Barroso, alega que após o julgamento da ADC 16/DF, muitas reclamações foram ajuizadas, pois em que pese a decisão proferida na ação declaratória vedar a responsabilidade automática do ente público, parte importante dos órgãos da Justiça do Trabalho começaram apenas alterar a fundamentação de suas decisões, mantendo a sua postura de condenar automaticamente a administração pública.

Assim, os órgãos da Justiça do Trabalho, invocam o acórdão proferido na ADC 16 para afirmar que a responsabilidade do ente público não é automática, mas condenam o mesmo por culpa *in vigilando*, sem sequer analisar em concreto se houve ou não os atos fiscalizatórios por parte da administração pública.

Desse modo, percebe-se que a Justiça do Trabalho começou a utilizar da “exceção” que os ministros estabeleceram na ADC 16, qual seja, a omissão em fiscalizar, para continuar condenando-a automaticamente.

Outro ponto importante que é relatado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, é que a administração pública também começou a ser responsabilizada automaticamente, sempre que havia inadimplência das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, a pretexto de que se houve inadimplência é porque não houve fiscalização, ou tendo fiscalizado não tomou as providências necessárias para impor a correção, de modo que haveria culpa *in vigilando*. E em todas essas hipóteses há evidente violação ao que foi proferido na ADC 16. Dessa forma, o ministro alega que²⁰:

Como fica claro a partir da leitura do acórdão proferido na ADC 16, a obrigação da Administração Pública de fiscalizar as empresas contratadas é uma obrigação de meio e não de resultado. A Administração está obrigada a acompanhar adequadamente a execução do contrato pela contratada, o que inclui o adimplemento das obrigações trabalhistas. Não se pode imputar ao Poder Público, contudo, o ônus de impedir a ocorrência de qualquer irregularidade, como se fosse ele próprio o empregador e executor do contrato.

²⁰ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 191.

Sendo assim, o Ministro alega que esse tipo de interpretação levaria à Responsabilidade de todo e qualquer órgão competente para a fiscalização das relações de trabalho, pois supostamente deveria fiscalizar e, evitar qualquer tipo de irregularidade. Logo, essa leitura se estenderia ao Ministério Público do Trabalho e as Superintendências Regionais do Trabalho igual responsabilidade pelo inadimplemento.

Portanto, conclui-se que só haverá culpa *in vigilando* e, por conseguinte a responsabilidade da Administração, se esta for omissa na fiscalização adequada do cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada. Porém, outra questão levantada pelo ministro, é referente a abrangência da fiscalização, ou seja, qual é o alcance interpretativo da fiscalização a ser efetivada pelo poder público, a fim de evitar a configuração da culpa *in vigilando* e consequentemente a sua condenação ao pagamento das verbas inadimplidas.

Logo, o ministro traz que as instruções normativas nº 02/2008 e 03/2009 do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – MPOG, não definem expressamente o alcance que deve ser dado à fiscalização, ou seja, se esta deve por exemplo estender-se a integralidade das obrigações trabalhistas de cada contrato. Mas, pela leitura da instrução normativa nº 02/2008, subentende-se em virtude de sua abrangência e amplitude, de que devem ser fiscalizadas todas as obrigações trabalhistas de todos os contratos. Sintetizando que²¹:

É importante ter em conta, ademais, que as referidas instruções MPOG – que determinam uma fiscalização extremamente detalhada e rigorosa dos terceirizados – foram provavelmente produzidas como resposta à sistemática condenação do Poder Público pela Justiça do Trabalho, independentemente da fiscalização exercida ou das medidas tomadas junto às empresas contratadas, quando constatado o inadimplemento. São normas defensivas, muito extensas, eventualmente de difícil compreensão ou execução, que preveem uma fiscalização abrangente não porque se julga está a providência mais adequada, mas sim para proteger a Administração, diante das decisões judiciais proferidas em seu desfavor. Levam em conta, ademais, a realidade de pessoal técnico e de recursos da União. Por isso, as instruções normativas do MPOG podem se configurar excessivas e não constituir um bom parâmetro a ser seguido para definir o que é uma fiscalização adequada por parte do Poder Público de qualquer nível da federação, apta a cumprir a afastar a configuração de culpa *in*

²¹ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 194.

vigilando e, ao mesmo tempo, não onerar excessivamente a opção por terceirizar um serviço.

Assim sendo, o Ministro sugere que seja realizada a fiscalização por amostragem, trazendo como base um estudo desenvolvido pelo Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES)²²:

Foi esboçada, no Anexo 05 desta Nota, uma metodologia de controle e acompanhamento dos contratos que tenham emprego, exclusivo ou não, de mão de obra celetista em que, quanto maior o risco a eles associado, maior seria o percentual de obrigações trabalhistas fiscalizadas. Assim, contratos classificados como de risco baixo ou médio baixo teriam as obrigações correspondentes a 20% dos trabalhadores envolvidos analisadas mensalmente; ao passo que, nos contratos de risco médio-alto, esse percentual subiria para 30%; e nos de nível alto, atingiria 40%. O trabalho técnico elaborado pelo AA/DEPAD no referido Anexo é fruto de uma minuciosa pesquisa e avaliação dos contratos de risco já celebrados pelo BNDES, bem como das ações já propostas em face do Banco em decorrência desses Ajustes. A partir desses elementos é que se fixaram os percentuais de acompanhamento contratual mencionados acima. Primeiramente, apurou-se que, para os contratos em que houve maior número de incidentes contratuais relacionados ao cumprimento das obrigações trabalhistas correlatas, o exame mensal aleatório de 30% dessas obrigações já seria suficiente para identificar, com 95% de segurança, o problema. Em outras palavras, o que se verificou foi que, nos contratos que mais geraram transtornos ao BNDES, em virtude do inadimplemento de obrigações acessórias pelas empresas contratadas, de cada 10 grupos de dados recebidos sobre o ajuste (contracheques, recibos de pagamentos etc), a análise aleatória de 3 deles seria bastante para a detecção, com 95% de segurança, de falhas ou descumprimentos por parte da contratada. "

Ademais, o ministro ainda trouxe em seu voto critérios objetivos de fiscalização aptas para sanar o inadimplemento trabalhista causado pela prestadora de serviços, alegando que após constatadas as irregularidades, compete ao ente público saná-las, para isso trouxe as providencias mínimas, vejamos²³:

Nesses casos, o Poder Público deve adotar as seguintes providências mínimas, a fim de afastar a sua responsabilidade por omissão: (i) a notificar a empresa, assinando-lhe prazo para corrigir a irregularidade detectada; (ii) se não corrigida a irregularidade, ajuizar ação voltada à liquidação e efetivação do pagamento em juízo dos valores inadimplidos.

²² STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 197.

²³ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 201.

Logo, o Ministro Luís Roberto Barroso declara que tomadas as medidas de fiscalização por amostragem, bem como a notificação para a correção de irregularidades e de depósito e pagamento em juízo, não será possível falar em responsabilidade subsidiária do ente público, além de garantir proteção ao trabalhador.

Em suma, o Ministro negou provimento ao recurso extraordinário, sob a alegação de que no presente caso a União sequer afirmou que houve fiscalização, cuja a ausência implica culpa *in vigilando*, decorrente da omissão do seu dever de fiscalizar a contratada e, propôs a seguinte tese para a repercussão geral²⁴:

Fixo, ainda, a seguinte tese: “1. Em caso de terceirização, a Administração Pública responde subsidiariamente pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas da empresa contratada, no que respeita aos profissionais que tenham atuado em seu benefício, se restar comprovada falha do Poder Público em seu dever de fiscalizá-la (culpa *in vigilando*) ou em adotar as medidas cabíveis em relação ao inadimplemento. Precedente: ADC 16, rel. Min. Cezar Peluso. 2. Compete à Administração comprovar que houve adequada fiscalização. 3. O dever de fiscalização da Administração acerca do cumprimento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas constitui obrigação de meio, e não de resultado, e pode ser realizado através de fiscalização por amostragem, estruturada pelo próprio ente público, com apoio técnico de órgão de controle externo, caso em que gozará de presunção *juris tantum* de razoabilidade. 4. Constatada, pelo Poder Público, a ocorrência de inadimplemento trabalhista pela contratada, as seguintes providências devem ser tomadas: (i) notificar a empresa contratada, assinando-lhe prazo para sanar a irregularidade; (ii) em caso de não atendimento, ingressar com ação judicial para promover o depósito, a liquidação do valor e o pagamento em juízo das importâncias devidas, abatendo tais importâncias do valor devido à contratada. 5. Não é válida a responsabilização subsidiária da Administração Pública: (i) com afirmação genérica de culpa *in vigilando*, sem indicar, com rigor e precisão, os fatos e as circunstâncias que configuram a sua culpa *in vigilando* ou (ii) se for comprovada, pela Administração, a realização de fiscalização por amostragem e a adoção das medidas mitigadoras antes indicadas”.

Em seguida, tem-se o quarto voto, do Ministro Luiz Fux, sendo o primeiro a divergir sobre o assunto, discordando da Ministra Relatora Rosa Weber, dando provimento ao Recurso Extraordinário.

Em seu voto o Ministro alegou que, a ADC 16/DF foi claríssima ao declarar constitucional o art. 71 da lei 8.666/93, assim, essa declaração de

²⁴ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 204 e 205.

constitucionalidade fez coisa julgada. E, uma interpretação diferente do art. 71, levaria a uma *contradictio in terminis*, assim em suas palavras²⁵:

Nós teríamos um choque entre a ação que declarou constitucional a lei e uma ação posterior que infirma a decisão anterior, dando uma interpretação conforme e - digamos assim - nulificando a coisa julgada formada sobre a declaração de constitucionalidade, a ADC 16.

Além do mais, ele relata que o art. 71 da lei 8.666/93, sofreu uma alteração pela Lei nº 9.032, criando o §2º onde aduz que a administração pública é responsável solidário pelos encargos previdenciários. Assim, o ministro alega que se o legislador quisesse ele teria criado a responsabilidade subsidiária da administração pública pelos encargos trabalhistas, mas não o fez.

Desta maneira, o ministro conclui que irá se ater à Solução da ADC 16 e a *ratio legis* da Lei nº 9.032, dando provimento ao Recurso da União.

No próximo voto, temos o Ministro Ricardo Lewandowski, que inicialmente relata que não existe nenhuma incompatibilidade entre aquilo que foi decidido na ADC 16, ao afirmarem a constitucionalidade do art. 71, §1º da lei de licitações, com a atribuição de responsabilidade ao ente público por culpa devidamente comprovada.

Dessa forma, o ministro conclui acompanhando integralmente o voto exarado pela Ministra e Relatora Rosa Weber negando provimento ao recurso extraordinário, entendendo que o Estado tem a obrigação não só jurídica, mas ao seu ver moral, no sentido amplo da palavra, de fazer com que os direitos trabalhistas e previdenciários sejam adimplidos pelas empresas contratantes.

Em seguida, o sexto voto foi do Ministro Gilmar Mendes, que ressalta que a adoção do modelo de responsabilidade objetiva, ou do modelo de culpa presumida, violam claramente a decisão do Supremo na ADC 16. Assim, o ministro votou para dar provimento ao Recurso Extraordinário da União.

O próximo voto foi do ministro Marco Aurélio, relatando que após a decisão na ação declaratória de constitucionalidade nº 16, a justiça do trabalho passou a “bater carimbo”, ao condenar a administração pública ao pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas, pouco importando sobre a comprovação ou não de culpa.

²⁵ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Luiz Fux, p. 222.

Ademais, reafirmou que o Supremo ficou em uma situação extremamente delicada, passando a justiça do Trabalho a ser um “Verdadeiro Supremo”, ao julgarem reiteradamente a falta de fiscalização do Poder Público, “como se devesse, olvidando os parâmetros do contrato de terceirização, constituir equipe e colocar dentro da empresa contratada²⁶”.

Além do mais, o ministro indaga, se o tribunal voltara atrás, quando do julgamento da ADC 16/DF, trazendo que se isso acontecer, vai ocasionar uma insegurança jurídica. E, em relação ao ônus da prova relata que²⁷:

Não tenho como, Presidente, hígido o artigo 71 da Lei nº 8.666/1993, no que afasta a responsabilidade da Administração Pública, partir para o que tenho como extravagante e assentar, apesar da presunção decorrente desse artigo, de não haver responsabilidade, incumbir à contratante a prova.

Assim, o Ministro Marco Aurélio deu provimento ao Recurso e, segundo a Lei nº 8.666/93, julgou improcedente o pedido de responsabilização do Poder Público.

Posteriormente, o Ministro Celso de Mello pediu vênica para acompanhar, integralmente, o voto proferido pela Ministra Rosa Weber, negando provimento ao Recurso Extraordinário.

Seguidamente, o Ministro Dias Toffoli expõe em seu voto, que não estão a julgar somente o caso concreto (RE 760.931), mas sim uma repercussão geral também, que dependendo do resultado fixado nela, continuará a trazer mais reclamações versando sobre esse tema para a Suprema Corte.

Sendo assim, o ministro relata que no caso concreto, foi apresentada uma reclamação versando sobre uma série de verbas salariais e rescisórias. Reclamação essa apresentada após uma demissão de uma reclamante que era contratada por uma empresa terceirizada da Administração Pública. Desse modo, trouxe uma parte do termo de audiência, onde o Juiz condena a empresa terceirizada e a União subsidiariamente, especificando as verbas a serem pagas, diante disso o Ministro alega²⁸:

²⁶ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Marco Aurélio, p. 232.

²⁷ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto Ministro Marco Aurélio, p. 234.

²⁸ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto Ministro Dias Toffoli, p.251.

Vejam, como fiscalizar todas essas verbas, sendo isso inclusive após uma rescisão contratual? Durante o contrato da reclamante com a empresa terceirizada, ela não apresentou a reclamatória. Ela foi apresentada depois. A primeira reclamada, a empresa terceirizada não comparece, ré confessa. Tudo aquilo que foi alegado é presumido. A União não teria sequer elementos para fazer a defesa: se, por exemplo, a demissão foi com justa causa ou não, se estavam pendentes ou não aquelas verbas salariais e indenizatórias.

Portanto, o Ministro alega que pela leitura da peça dos autos, estaríamos diante de uma responsabilidade objetiva do Estado para além de uma presunção somente de ausência de fiscalização por parte do Estado, no caso específico, da União. Logo, o Ministro juntou-se a divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux e ao voto trazido Pelo Ministro Marco Aurélio, dando provimento ao Recurso Extraordinário.

O Penúltimo voto foi de autoria da Ministra Carmen Lúcia, que inicialmente trouxe um resumo sobre o que se tratava o recurso extraordinário e, expos o acórdão proferido pela sexta turma do Tribunal Superior do Trabalho, que condenou a União a ser responsável subsidiário pelo inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da prestadora de serviços, por não ter demonstrado em juízo, a fiscalização do contrato administrativo.

Assim, a Ministra traz a decisão que foi fixada na ADC 16/DF, que reconheceu a constitucionalidade do art. 71, §1º da lei 8.666/93, vedando a transferência automática da responsabilidade pelos encargos trabalhistas inadimplidos à administração pública.

Ademais, alegou que no julgamento da ADC 16, proferiu voto-vista asseverando que: *“a responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário à sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo de agente público que aja nessa qualidade.”*²⁹

Além do mais, a Ministra Carmen Lúcia enfatizou que³⁰:

“No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública desacompanhada da demonstração efetiva e suficiente da irregularidade de

²⁹ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 285.

³⁰ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 314.

seu comportamento, comissivo ou omissivo, quanto à fiscalização do contrato de prestação de serviços, é “rigorosamente, fragorosamente e exemplarmente contrário à Constituição, porque o artigo 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual” (DJ 9.9.2011).

Dessa forma, a Ministra defende que é imprescindível “*a prova do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador*.”³¹ Assim, a mesma alega que no acórdão recorrido, não há demonstração cabal da responsabilidade da Administração Pública e, relata que a decisão contrariou o que foi fixado pelo STF na ADC 16. Por fim, deu provimento ao recurso e fixou a seguinte tese para a repercussão geral³²:

“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”.

Logo, diante de tudo o que foi exposto, teve um empate, 05 votos negaram provimento ao Recurso extraordinário e os outros 05 votos deram provimento ao recurso. Logo, a Ministra Cármen Lúcia sugeriu suspender o julgamento, para aguardar a chegada do novo ministro, para que então ele pudesse votar e decidir com a maioria de seis votos, já que se trata de uma repercussão geral e é um tema extremamente sensível.

Quando retornado o julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes alegou em seu voto que a “*decisão do presente recurso extraordinário será paradigma de um dos mais profícuos contenciosos do Judiciário brasileiro, que trata da possibilidade de atribuição de responsabilidade subsidiária a entes públicos por dívidas trabalhistas de terceiros surgidas em contratos de terceirização de serviços*.”³³

Assim, o ministro relata que a conclusão obtida no julgamento da ADC 16, aumentou as controvérsias existentes sobre a possibilidade de responsabilização do Poder Público na condição de tomador de serviços terceirizados.

E, embora o precedente obtido tenha servido para acabar com qualquer dúvida em relação a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, por meio da

³¹ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 314.

³² STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 315.

³³ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Alexandre de Moraes, p. 317.

tese de que o mero inadimplemento de encargos trabalhista não transfere a responsabilidade para Administração Pública, em sua visão *“ele descortinou um novo horizonte de desencontros hermenêuticos”*³⁴.

Pois, levantou as seguintes dúvidas *“(i) qual a extensão do dever de fiscalização contratual imputável ao Estado (tomador de serviços); e (ii) como a desídia no cumprimento desse dever poderia ser apurada em juízo”*³⁵.

Ademais, o Ministro expõe que a Justiça do Trabalho não demorou para se adaptar ao precedente exarado na ADC 16, através da alteração da Súmula 331 do TST. Porém, a nova diretriz jurisprudencial trabalhista continuou a condenar o ente público de forma subsidiária, por mero inadimplemento dos encargos trabalhistas por parte da empresa contratada, se valendo de *“imputações construídas sobre plataformas teóricas da culpa presumida e da culpa in vigilando”*³⁶.

Dessa forma, o ministro alega que os dissídios trabalhistas pertinentes as matérias foram regredidas, por assim dizer à *“estaca zero”*, sintetizando que³⁷:

Afinal, se a culpa dos entes públicos por “falhas na fiscalização” pode ser satisfatoriamente comprovada sem qualquer elemento concreto, somente à base de presunções, acabamos equiparando, novamente, as consequências do inadimplemento com aquelas da má fiscalização, restaurando uma realidade que o veredicto da ADC 16 pretendeu desarmar.

O mesmo expressou em seu voto que *“o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 é mais do que claro ao exonerar o Poder Público da responsabilidade por pagamentos em caso de inadimplência, e o silêncio da Lei 9.032/95 sobre isso apenas confirmou a mensagem legal que já existia anteriormente”*³⁸.

Portanto, o Ministro Alexandre de Moraes deu seu voto no sentido de que a administração pública não pode ser responsável por verbas trabalhistas de terceiros a partir de qualquer tipo de presunção. Admitindo-se a sua condenação, somente quando provado em elementos concretos de falha na fiscalização do contrato.

³⁴ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Alexandre de Moraes, p. 319.

³⁵ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Alexandre de Moraes, p. 319.

³⁶ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Alexandre de Moraes, p. 319.

³⁷ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Alexandre de Moraes, p. 320.

³⁸ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Alexandre de Moraes, p. 321.

Juntando-se o seu voto aqueles que deram provimento ao Recurso Extraordinário, acompanhando a tese de repercussão geral proposta pela Ministra Cármen Lúcia.

Em suma, por cinco votos a seis, o aludido recurso foi conhecido em parte, sendo acolhido como voto vencedor o primeiro voto divergente a relatoria, o do Ministro Luiz Fux.

3.3 TESE DE REPERCUSSÃO GERAL E SUAS OMISSÕES

Após a votação de todos os ministros sobre o tema, a Ministra Cármen Lúcia presidente na época, propôs para que todos estudassem as propostas apresentadas, quanto a tese a ser proclamada no Recurso Extraordinário nº 760.931/DF, para então terem um texto definitivo. Assim sendo, o julgamento foi suspenso para a análise da tese que seria dada como repercussão geral.

Logo, no dia 26 de abril de 2017, os ministros passaram a debater sobre qual tese seria proclamada. Dessa forma, o Ministro Luiz Fux que inaugurou a divergência, tornando-se o redator para o acórdão, propôs a seguinte tese³⁹:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71 § 1º da Lei 8.666.

Em seguida, o ministro Ricardo Lewandowski, relatou que eles haviam deixado uma “*válvula de escape*”, pois se houvesse prova da negligência da administração pública seria cabível imputar a ela a responsabilidade subsidiária. E, a tese proposta ficou em sua visão muito peremptória, pois parece que jamais a administração pública poderá ser responsabilizada.

O ministro Marco Aurélio, alegou que se “*Potencializada a responsabilidade subsidiária, fica parecendo que, na eleição da tese, estamos revelando existir essa responsabilidade. O que fixamos é que não há responsabilidade. Caso a caso, o Judiciário apreciará se houve culpa ou não*”⁴⁰.

A ministra Carmen Lúcia relata que em sua proposta cogitava de, salvo comprovação de culpa, a Administração se exime de ser responsável subsidiário,

³⁹ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Luiz Fux, p. 335.

⁴⁰ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Marco Aurélio, p.337.

mas frisa que a comprovação seria a demonstração e não apenas referências, Vejamos⁴¹:

O que que nós discutimos? A inadimplência desses recursos não transfere à Administração. Então nós decidimos: não há transferência. O que pode haver, em um determinado caso, é a própria Administração Pública não cumprir seus deveres e, portanto, esses encargos não serem honrados e a Administração quase que compactua, em um pior sentido. Foi isso que foi objeto de discussão - e isso, por maioria, como disse, vencidos a Ministra-Relatora, Rosa Weber, Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello -, no sentido de que a Administração Pública não é responsável. E ressaltamos: a não ser que tenha uma comprovação de que ela não cumpriu seu dever de fiscalização. Comprovação não é apenas referência, como vinha sendo feito.

Diante desta situação, o ministro Luís Roberto Barroso frisou que todos estão de acordo que não há responsabilidade subsidiária automática. E que só haverá a responsabilidade se comprovada a culpa da Administração. Porém, o mesmo alega que: *“O que eu acho que continuará a ser um problema é se nós não dermos nenhuma pista do que nós consideramos culpa da Administração, porque aí nós vamos continuar sujeitos às decisões do TST e às reclamações⁴². ”*

Percebe-se, que um dos questionamentos levantados é no tocante a colocar no texto da tese a exceção, qual seja, que quando comprovado a culpa da administração pública, essa pode responder subsidiariamente sobre os encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa terceirizada, mas alguns Ministros entenderam que se na tese tiver referência a uma exceção, eles poderiam acabar criando um “gancho” para a justiça do trabalho se pendurar nela.

Assim, o Ministro Luiz Fux fixou a seguinte tese para a 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 8.666/93⁴³. ”

Após a fixação da tese, o Ministro Luís Roberto Barroso concordou com a tese, mas novamente registrou que⁴⁴:

Presidente, eu quero dizer que eu concordo também, para evitar o impasse, mas gostaria de registrar que, se nós não explicitarmos, ainda que em *obter*

⁴¹ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto da Ministra Cármen, p. 341.

⁴² STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 342.

⁴³ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Luiz Fux, p. 345.

⁴⁴ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 347.

dictum, o tipo de comportamento que se exige da Administração Pública, o problema vai continuar. Portanto, eu diria, pelo menos em *obiter dictum*, que a fiscalização adequada por amostragem satisfaz o dever de fiscalização e eu diria que a inércia diante de inequívoca denúncia de violação de deveres trabalhistas gera responsabilidade. Diria isso como *obiter dictum*, para que nós sinalizemos para a Justiça do Trabalho o que que nós achamos que é comportamento inadequado. Eu concordo que não fique na tese, mas se nós não dissermos isso, o automático significa: bom, então tá, não é automático; eu verifiquei que ela não fiscalizou todos os contratos. E eu acho que exigir a fiscalização de todos os contratos é impedir a terceirização. De modo que eu procuraria explicitar, pelo menos em *obiter dictum*, se o Relator estiver de acordo, o que que a gente espera que o Poder Público faça. Mas à tese, em si, eu estou aderindo.

Da mesma forma, o Ministro Dias Toffoli ressaltou que acompanha a tese formulada, e entende a preocupação do Ministro Luís Roberto Barroso quanto a necessidade de obter dictum, e frisou que uma das questões relevantes é: “*a quem cabe o ônus da prova? Cabe ao reclamante provar que a Administração falhou, ou à Administração provar que ela diligenciou na fiscalização do contrato?*”⁴⁵. Porém, tais sugestões não foram acatadas.

Portanto, foi prolatada a decisão do julgamento do RE 760.931/DF, assim redigido⁴⁶:

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 246 da repercussão geral, conheceu em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, a ele deu provimento, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro

Luiz Fux. Em seguida, o Tribunal deliberou fixar a tese da repercussão geral em assentada posterior. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.3.2017.

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.4.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes. Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, e Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

⁴⁵ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, acórdão, voto do Ministro Dias Toffoli, p. 349

⁴⁶ STF, Recurso Extraordinário 760.931-DF, extrato de ata, p. 353.

Desta maneira, após essa decisão alguns ministros esperavam que as controvérsias e a insegurança jurídica, relacionada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização, estariam estancadas.

Mas, já era de se esperar que a tese proclamada em sede de repercussão geral não resolveria os problemas, pois trouxeram uma tese “minimalista” como foi dita por alguns Ministros, ou seja, simples e objetiva, mas que no presente caso não surtiria efeitos, tendo em vista que vários pontos de suma importância sobre o assunto foram deixados de lado ao repercutirem a tese.

Sendo assim, se trouxeram à exceção, qual seja, de que o ente público pode ser responsabilizado, caso fique comprovado que o mesmo não realizou atos fiscalizatórios sobre o contrato de prestação de serviços, os mesmos deveriam dizer qual seria a extensão da fiscalização realizada pelo ente público? Quais seriam esses atos fiscalizatórios? A quem caberia o ônus da prova?

Frisa-se, que todas essas indagações foram discutidas em alguns votos, porém os ministros não conseguiram chegar a um consenso, sobre uma tese que verdadeiramente servisse de solução, para os problemas enfrentados diariamente nas contratações públicas.

Ademais, visando esclarecer esses pontos obscuros, especialmente quanto ao ônus da prova, houve embargos de declaração opostos em face da decisão acima relatada. Assim, o voto proferido em sede de embargos pelo redator designado, Ministro Luiz Fux, chegou a conclusão no sentido de não ser possível a inversão do ônus da prova ou presunção de culpa da administração pública.

Porém, o Ministro Luiz Fux restou vencido, tendo em vista que prevaleceu, no âmbito colegiado, o entendimento de que não poderiam inserir, em julgamento de embargos de declaração, algo que não foi discutido anteriormente, sob pena de se ampliar o que de fato havia sido decidido.

Sendo assim, em sede de embargos de declaração, o STF deixou claro que a questão referente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do tema 246.

Assim, diante da omissão referente a quem caberia o ônus da prova, Cesar Zucatti Fritsch, Fernanda Antunes Marques Junqueira e Ney Maranhão, alegam que:

Não havendo *raio decidendi* vinculante quanto à distribuição do ônus probatório em tal questão, incumbirá aos juízes a tarefa de definir a quem se impõe o ônus de demonstrar os fatos conducentes a uma convicção sobre o elemento subjetivo da *culpa*, o que será feito, entre outros aspectos, pela distribuição do ônus da prova, nada impedindo inclusive a sua inversão, considerado o vetor técnico da aptidão para a prova. (FRITSCH, JUNQUEIRA e MARANHÃO, 2020).

E Di Pietro, observando também a omissão do STF em dizer quais medidas a administração pública deve tomar para se eximir da culpa e não ser condenada subsidiariamente, traz as seguintes cautelas:

O fato é que, diante da decisão do STF, incorporada no item V da Súmula 331, do TST, a Administração Pública deve tomar algumas cautelas:

- a) colocar nos instrumentos convocatórios e nos contratos cláusula em que fique clara a aplicação da norma do artigo 71 da Lei no 8.666/93;
- b) inserir nos instrumentos convocatórios de licitação e nos contratos cláusula prevendo a aplicação de penalidade pelo descumprimento da norma do artigo 71 da Lei no 8.666/93, sem prejuízo da rescisão do contrato com fundamento no artigo 78, I e II, da mesma lei;
- c) na atividade de fiscalização do cumprimento do contrato, verificar se a contratada está cumprindo as obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; em caso de inadimplemento, aplicar as penalidades cabíveis;
- d) exigir a atualização, a cada 180 dias, da Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT) referida na Lei no 12.440, de 7-7-11.

Sem a adoção dessas cautelas, a Administração Pública, acionada perante a Justiça do Trabalho, poderá ser responsabilizada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas. Se tomadas essas cautelas, ainda assim o TST decretar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública com fundamento na Súmula no 331, cabe reclamação administrativa ao STF. (DI PIETRO, 2020, p. 393).

Dessa forma, observa-se que juízes e doutrinadores, tentam preencher a omissão deixada, mas a verdade é que os ministros ao julgarem o RE 760.931, acabaram oferecendo aos aplicadores do direito diferentes visões sobre o assunto, que acabaram mais confundindo do que solucionando.

E, não se atentaram para uma tese que realmente surtisse o efeito esperado para minimizar a controvérsia, ao invés disso trouxeram uma tese minimalista, que só reafirmou o que eles já tinham decidido na ADC 16\DF.

4 PANORAMA ATUAL NA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

Como visto anteriormente, era esperado que após a repercussão da tese proferida no RE 760.931, o impasse referente a responsabilidade subsidiária da administração pública fosse resolvida, ou pelo menos minimizada.

Todavia, não foi o que ocorreu, tendo em vista as omissões deixadas ao repercutirem a tese, conforme demonstrado acima. E o reflexo disso foi a divergência jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho quanto ao tema, o que fez com que o Estado de São Paulo interpusesse um novo recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, que ainda está em andamento, conforme se passa a analisar.

4.1 JURISPRUDÊNCIA DO TST

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, após a decisão pronunciada no recurso extraordinário nº 760.931, seguiu um tanto controversa, principalmente em relação a distribuição do ônus da prova, pois assim como o assunto gerou posicionamentos diferentes no STF, com os Ministros do TST também não foi diferente, acarretando uma divergência jurisprudencial na seara trabalhista.

Assim, alguns ministros do TST interpretaram que o STF, em que pese tenha sido silente na tese de repercussão geral sobre o ônus da prova, mas pela interpretação do voto ganhador proferido pelo ministro Luiz Fux e os demais que o acompanharam, acreditam que foi fixado que incube ao trabalhador provar que a administração pública, não fiscalizou de maneira adequada o contrato de prestação de serviços, vejamos:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. ÔNUS DA PROVA. CULPA IN VIGILANDO NÃO DEMONSTRADA. Ante a possível violação do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, deve ser provido o agravo de instrumento. II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. ÔNUS DA PROVA. CULPA IN VIGILANDO NÃO DEMONSTRADA. Em recente decisão, no RE 760.931, com repercussão geral, o STF firmou o entendimento de que o ônus da prova da culpa in vigilando, no caso de terceirização trabalhista levada a cabo pela Administração Pública, deve recair sobre o reclamante. Assim, a conclusão do Regional, no sentido de que era ônus do ente público, tomador dos serviços, a prova da efetiva fiscalização, está em dissonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Ressalva de entendimento. Recurso de revista conhecido e provido " (RR-500-98.2015.5.05.0641, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 31/05/2019). (TST, 2019).

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - TERCEIRIZAÇÃO - SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TST - CULPA DA ADMINISTRAÇÃO - ÔNUS DA PROVA Vislumbrada ofensa ao artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para mandar processar o Recurso de Revista. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - TERCEIRIZAÇÃO - SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TST - CULPA DA ADMINISTRAÇÃO - ÔNUS DA PROVA Ressalvado meu entendimento pessoal, a C. 8ª Turma, no julgamento do TST-ARR-100611-

13.2017.5.01.0001, firmou a tese de que o ônus da prova da conduta culposa da Administração Pública é do trabalhador. A Corte de origem não registra elementos concretos hábeis a evidenciar a conduta culposa do ente público, devendo ser afastada a condenação subsidiária imposta ao Município-Reclamado. Recurso de Revista conhecido e provido" (RR-10074-07.2016.5.15.0133, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 13/12/2019). (TST, 2012).

Dessa forma, essa corrente acredita que o ônus da prova pertence ao trabalhador, pois assim interpretaram do julgamento do RE 760.931, e defendem que aqueles que entenderem que a imputação do ônus cabe a administração pública, está em dissonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Porém, existe outra corrente com uma interpretação diferente, vejamos:

RETORNO DOS AUTOS À TURMA PARA EVENTUAL EXERCÍCIO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 1.030, INCISO II, DO CPC/2015. JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. QUESTÃO DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 760.931-DF. TEMA Nº 246 DO EMENTÁRIO TEMÁTICO DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Discute-se se a questão sub judice está, ou não, vinculada à ratio decidendi da controvérsia constitucional objeto do Processo nº RE nº 760.931-DF e ao disposto no Tema nº 246 do Ementário Temático de Repercussão Geral da Suprema Corte, bem como se cabe a esta Turma exercer o juízo de retratação. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Em embargos de declaração, a Suprema Corte limitou-se a reafirmar o entendimento de que "a responsabilidade não é automática, conforme preconizou o legislador infraconstitucional, no artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, mas não pode o poder público dela eximir-se quando não cumpriu o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços". Optou-se por uma redação "minimalista", sem enfrentar particularidades, a exemplo de a quem caberia o ônus da prova sobre a omissão fiscalizatória do ente público. Ao silenciar-se de forma eloquente, a Suprema Corte abre caminho para a manutenção do entendimento que já vinha sendo perfilhado no âmbito deste Tribunal Superior do Trabalho, de que o ônus da prova acerca da efetiva fiscalização permaneceria a cargo da Administração Pública, por representar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do alegado direito do trabalhador, já que seria prova de natureza verdadeiramente "diabólica", de produção praticamente impossível pela parte hipossuficiente. Vale lembrar que no julgamento do recurso extraordinário em questão, os Ministros da Suprema Corte reafirmaram a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, já declarada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, bem como afastaram, de uma vez por todas, a possibilidade de responsabilização automática da Administração Pública, posicionamento que se harmoniza, inclusive, com a

atual redação da Súmula nº 331, item V, do Tribunal Superior do Trabalho, que reconhece a responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta apenas nos casos em que evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93 (Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011). Não há dúvidas, portanto, de que a mera inadimplência da empresa prestadora dos serviços terceirizados não caracteriza, por si só, culpa da Administração Pública. A questão controvertida, ensejadora de questionamentos diversos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e que poderia justificar eventual juízo de retratação, foi apenas aquela relacionada à distribuição do ônus da prova, matéria discutida nestes autos. Por consequência, o Tribunal Superior do Trabalho, ao entender que é do ente público o ônus da prova acerca das medidas fiscalizatórias empreendidas na contratação terceirizada, nos termos dos artigos 373, inciso II, do CPC/2015 e 818 da CLT, não descumpriu as referidas decisões do STF. Portanto, como na hipótese sub judice se observou a tese firmada no STF, proferida no RE nº 760.931-DF, em repercussão geral, esta Turma não exerce o juízo de retratação previsto no artigo 1.030, inciso II, do CPC/2015, mantendo seu acórdão, e determina o retorno dos autos à Vice-Presidência desta Corte para prosseguimento do feito, como entender de direito.

(TST - ARR: 3015920115040022, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 04/12/2019, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/12/2019) (TST, 2019).

Para essa corrente, o Supremo Tribunal Federal optou por uma decisão com uma redação “minimalista”, sem enfrentar particularidades, como por exemplo, a quem caberia o ônus da prova? E diante desse silêncio, a suprema corte teria deixado o caminho aberto para o entendimento que já vinha sendo perfilhado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, qual seja, de que o ônus de provar a efetiva fiscalização, ficaria a cargo da administração pública.

Dessa forma, diante do conflito existente entre as turmas do TST, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – SDI-1, que é o órgão revisor das decisões das turmas e unificador da jurisprudência, se posicionou sobre o tema, ao julgar o processo sob nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281, no sentido de que cabe a administração pública o ônus de provar que realizou de maneira adequada a fiscalização do contrato de prestação de serviços.

No caso concreto, a Egrégia Terceira Turma do TST, deu provimento ao recurso de revista do réu, para afastar a sua responsabilidade subsidiária, que lhe foi atribuída pelo tribunal regional. Assim, esta turma entendeu que o STF, no julgamento do RE 760.931, atribuiu o ônus da prova da ausência de fiscalização ao trabalhador, e a mesma constatou que o Regional atribuiu esse ônus ao ente público, e alegou que não restou evidenciado qualquer conduta, que configurasse a

existência de culpa in vigilando, circunstancia a qual recusou a condenação subsidiária do Estado da Bahia, que era a parte ré nesse processo.

Percebe-se, que a Terceira Turma do TST, adotou a tese da primeira corrente demonstrado acima, de que o ônus da prova cabe ao trabalhador. Porém, a parte autora interpôs embargos no recurso de revista, na qual apontou violação de dispositivos de lei e da Constituição Federal, bem como contrariedade a súmula 331, v, do TST e, também indicou divergência jurisprudencial, pois juntou em seus embargos um acórdão da oitava turma, que teve um posicionamento diferente, diante de fatos idênticos, vejamos⁴⁷:

"De plano, quanto à alegação de que cabia à reclamante comprovar a conduta culposa do ente público, não é o que se verifica. Isso porque o ônus da prova recai sobre o tomador dos serviços, o qual, como visto, tem obrigação legal de fiscalizar a execução do contrato (arts. 58, III, e 67 da Lei no 8.666/93). Logo, incumbia à Administração Pública provar a existência de fiscalização efetiva, bem como desconstituir a pretensão da reclamante, nos termos do art. 373, II, do CPC/2015. Assim, afastam-se as violações dos artigos 818 da CLT e 373, do CPC/2015. " (AIRR-1290-66.2013.5.05.0

Dessa forma, o Ministro Presidente da turma julgadora alegou:

Como visto, enquanto o acórdão embargado concluiu que é do trabalhador o ônus de provar a ausência de fiscalização pelo ente público tomador dos serviços, o aresto paradigma acima transcrito, quanto aos mesmos fatos, registrou tese de que incumbe à Administração Pública tomadora dos serviços provar a existência de fiscalização efetiva do contrato⁴⁸.

E, diante dessa situação, o Ministro conheceu do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial.

No julgamento, o ministro relata que por um tempo alinhou-se ao entendimento de que o ônus da prova caberia ao trabalhador, pois o mesmo compreendeu que a suprema corte teria emitido esse direcionamento ao tema.

Mas, quando foi interposto embargos de declaração sobre a decisão proferida no RE 760.931, conforme visto acima, o Supremo Tribunal Federal deixou extremamente claro que a matéria referente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246.

⁴⁷ TST, Processo nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281, P.08

⁴⁸ TST, Processo nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281, P.08.

Assim, o Ministro Presidente da Turma Julgadora do TST, afirmou que diante da omissão deixada pelo STF sobre o tema, caberá a essa corte a definição sobre o ônus da prova. Logo, o ministro relatou que iria retomar a compreensão que sempre teve a respeito do tema, qual seja, de que é do tomador de serviços, no caso do ente público, o ônus de provar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços.

O ministro seguiu esse entendimento, por acreditar que essa obrigação não poderia ser transferida para o empregado, pelo fato de permitir caracterizar o que a doutrina determina de “prova diabólica”, ademais o mesmo relatou que:⁴⁹

Nesse caso, é ignorar a realidade admitir que, a cada mês, o empregado da empresa contratada tivesse que formular o mencionado pedido a entidade contratante para que lhe fornecesse cópia dos citados documentos, ao qual se acresceria o dever de guarda que lhe seria transferido, obrigação ordinária inerente á gestão do contrato celebrado com a administração pública, que, aliás, não constitui onus excessivo, mesmo porque dele faz parte a obrigação de designação de servidor para atuar como fiscal de sua execução, com inúmeras prerrogativas e diversos deveres.

Por conseguinte, o Ministro relatou também que não se pode dizer que a conclusão deste tribunal ao atribuir o ônus da prova para a administração pública, representa afronta a decisão do STF, ou que este tribunal quis reformá-la, pois essa questão referente ao ônus da prova não integrou a controvérsia originariamente levada a sua apreciação e, isso ficou claro no julgamento dos embargos de declaração.

Isto posto, a SDI-1 por maioria decidiu fixar que o ônus da prova é da administração pública, e no caso concreto afirmaram que⁵⁰:

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento para restabelecer o acórdão regional, vencidos os Exmos. Ministros Breno Medeiros, Alexandre Luiz Ramos e João Batista Brito Pereira.

⁴⁹ TST, Processo nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281, P.08

⁵⁰ TST, Processo nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281, P.41.

Portanto, após a repercussão dessa decisão, as turmas do TST começaram a relatar em seus acórdãos o que foi decidido pela SDI-1, em relação ao ônus da prova, vejamos:

1. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONDUTA CULPOSA COMPROVADA. A decisão do Tribunal Regional do Trabalho está em harmonia com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADC 16 e do RE 760.931 (Tema 246), bem como em consonância com a jurisprudência desta Corte, concentrada no item V da Súmula 331. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. 2. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TEMA 246 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF. ÔNUS DA PROVA. A controvérsia reside em se saber a quem incumbe o ônus da prova da fiscalização do contrato e da configuração da conduta culposa, para fins de atribuição de responsabilidade subsidiária a ente da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas da prestadora de serviços. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16 e do RE 760.931, em que fixou tese de repercussão geral (Tema 246), explicitou que a atribuição de responsabilidade subsidiária a ente da Administração Pública não é automática e depende de prova efetiva de sua conduta culposa quanto à fiscalização do contrato de prestação de serviços. A SDI-1 desta Corte, por sua vez, no julgamento do Processo E-RR-925-07.2016.5.05.0281 (Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT-22/5/2020), concluiu que o STF, no precedente de repercussão geral, não apreciou a questão concernente ao ônus da prova, por se tratar de matéria de natureza infraconstitucional. Logo, considerando que a fiscalização do contrato celebrado com a empresa prestadora de serviços pelo ente da Administração Pública contratante é imposição de lei e considerando o princípio da aptidão para a prova, a SDI-1 fixou a tese de que incumbe ao reclamado tomador dos serviços o ônus da prova da efetiva fiscalização do contrato de prestação de serviços. Assim, verifica-se a perfeita harmonia da decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho com o entendimento firmado pelo STF e com a tese firmada pela SDI no julgamento do Processo E-RR-925-07.2016.5.05.0281, pois a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente da Administração Pública decorreu da configuração da sua conduta culposa, ao não produzir prova da fiscalização efetiva do contrato de prestação de serviços. Ressalvado o entendimento pessoal do relator. Recurso de Revista de que não se conhece" (ARR-101616-23.2016.5.01.0028, 8ª Turma, Relator Ministro Joao Batista Brito Pereira, DEJT 23/03/2021) (TST, 2021).

Porém, mesmo diante da declaração da Subseção I Especializada em Dissídios individuais do Tribunal Superior do Trabalho, fixar a tese de que o ônus da prova cabe ao tomador de serviços, em 11/09/2020 teve que novamente firmar o seu entendimento.

O processo paradigma da vez (E-ED-RR-62-40.2017.5.20.0009), foi envolvendo a estatal Petrobras, segundo o site de notícias do TST:

O juízo da 9ª Vara do Trabalho de Aracaju (SE) reconheceu a responsabilidade subsidiária da Petrobras pela dívida para com o eletricitista, de cerca de R\$ 33 mil. O Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região (SE) manteve a sentença, com o entendimento de que a sociedade de economia mista que se beneficia de serviços executados por empregado terceirizado deve ser responsabilizada na qualidade de tomadora de serviço pelos eventuais débitos não pagos, por haver se omitido ao deixar de fiscalizar corretamente a execução do contrato.

No entanto, a Sexta Turma do TST, ao examinar recurso de revista da estatal, afastou a sua responsabilidade. Para a Turma, o entendimento do STF sobre a matéria é de que cabe ao empregado a efetiva demonstração de que o ente público não fiscalizou a prestadora de serviços. Como a responsabilidade da Petrobras, no caso, havia sido reconhecida de forma genérica, em razão da condição da AFC e do não pagamento das obrigações, o colegiado concluiu que não ficou demonstrada a negligência da estatal. (JUSTIÇA DO TRABALHO, 2020).

Sendo assim, o eletricitista apresentou embargos no recurso de revista, alegando divergência jurisprudencial, e novamente a SDI-1 reafirmou a tese de que cabe ao ente público demonstrar que realizou a fiscalização de forma adequada.

4.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1298647 – TEMA 1118

Como visto anteriormente, restou evidenciado que a omissão deixada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgarem o Re 760.931, gerou reflexos na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Pois, ficou nítido que haviam duas correntes referente ao ônus da prova, uma defendia que era do trabalhador, e a outra alegava ser da administração pública, e mesmo após a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais concluir, que o ônus de provar que houve a fiscalização adequada do contrato de prestação de serviços ser do ente público, tomador dos serviços, notou-se que ainda assim havia outros entendimentos na turma do TST, como foi demonstrado acima.

Além disso, muitos começaram a questionar a postura do Tribunal Superior do Trabalho, em específico a SDI-1, que é o órgão responsável em uniformizar a jurisprudência do TST, ter decidido sobre o ônus da prova, pois para eles quem deve esclarecer a omissão é o próprio STF, tendo em vista o julgamento deles na ADC 16 e no RE 760.931, que versam sobre o tema.

Assim, recentemente o Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário, em face de acórdão por meio do qual a Oitava Turma do Tribunal Superior do

Trabalho concluiu, para fins de definição da responsabilidade subsidiária do Ente Público, pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa contratada, ser da Administração pública, tomadora dos serviços, o ônus processual de demonstrar a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais pela prestadora de serviços.

Dessa forma, o Ministro presidente Luiz Fux e relator nesse caso, relata em seu voto que o Estado de São Paulo, alega que o posicionamento obtido no acórdão recorrido, reflete “postura crescente, que tem impactado progressivamente na esfera jurídica e econômica do Estado de São Paulo e de suas autarquias, de modo a fixar a responsabilidade subsidiária por verbas trabalhistas, mesmo quando não existem provas da conduta culposa do ente público.”⁵¹ ”

Ademais, alegam que a decisão recorrida, viola o que foi fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 e no Recurso Extraordinário 760.931, aduzem também que a simples presunção do TST de que a parte recorrente teria deixado de fiscalizar e atuado de forma negligente caracteriza expressa violação ao § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/1993, artigo 97 da Constituição e Súmula Vinculante nº 10 do STF. E, por fim afirmam que o onus de provar a inexistência de fiscalização compete a parte reclamante, o trabalhador.

Além disso, O Estado de São Paulo, sustentou também preliminar de repercussão geral, pois alega que a questão “ ultrapassa o interesse subjetivo das partes e possui repercussão sob o ponto de vista jurídico e econômico, por repercutir no patrimônio público de todos os entes políticos da federação e de suas respectivas autarquias”⁵²

O relator Ministro Luiz Fux, relata que a parte recorrida deixou transcorrer o prazo para apresentação de contrarrazões ao recurso extraordinário. Assim, relata que a Vice-Presidência do TST, determinou o retorno dos autos a turma julgadora,

⁵¹ STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1298647/SP, voto Ministro Luiz Fux, p. 04.

⁵² STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1298647/SP, voto Ministro Luiz Fux, p. 04

para eventual juízo de retratação, mas a oitava turma, manteve o acórdão recorrido, vejamos⁵³:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - JULGAMENTO ANTERIOR PELA C. TURMA – DEVOLUÇÃO PARA JUÍZO DE RETRATAÇÃO – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - TERCEIRIZAÇÃO – SÚMULA No 331, ITEM V, DO TST – CULPA DA ADMINISTRAÇÃO – ÔNUS DA PROVA¹. A C. SBDI-1, no julgamento dos TST-E-RR-925- 07.2016.5.05.0281, e em atenção ao decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal (tema no 246 da repercussão geral), firmou a tese de que, ‘com base no Princípio da Aptidão da Prova, é do ente público o encargo de demonstrar que atendeu às exigências legais de acompanhamento do cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços’.² O E. Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema no 246 de Repercussão Geral, não fixou tese sobre a distribuição do ônus da prova pertinente à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, matéria de natureza infraconstitucional. 3. Na hipótese, a Corte de origem reputou concretamente caracterizada a conduta culposa do ente público, que não logrou demonstrar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, encargo que lhe competia.⁴ Desse modo, deve ser mantido o acórdão que negou provimento ao Agravo, sem proceder ao juízo de retratação, e devolvidos os autos à Vice-Presidência do TST. ” (TST, 2019).

Após o retorno dos autos novamente a Vice-presidência do TST, foi proferido juízo positivo de admissibilidade do recurso como representativo da controvérsia, e encaminhado à apreciação do STF, o Ministro Luiz Fux trouxe em seu voto o que foi proferido⁵⁴:

“Os precedentes jurisprudenciais em destaque demonstram que o debate jurídico em torno da distribuição do ônus da prova acerca da fiscalização das obrigações trabalhistas, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, permanece aceso na Suprema Corte. A unificação dos referidos posicionamentos do STF é fundamental para a segurança dos jurisdicionados, bem como para a pacificação, em definitivo, dos debates em torno da presente controvérsia.

(...)

Assim que surgiu a ideia de que o inadimplemento dos haveres trabalhistas pelo contratado não transferia ‘automaticamente’ a responsabilidade para o ente público, houve manifestação de ministro no sentido de que ‘a porta fica aberta para discutir-se a configuração da culpa’ em outro momento, obtendo-se êxito naquela proposta de redação. É essa ‘porta aberta’ que ensejou o processamento dos recursos extraordinários indicados como leading cases e submetidos à apreciação do STF (TST-Ag-AIRR-133- 23.2016.5.14.0404 e TST-AIRR1848-28.2013.5.10.0013). Para maior clareza e melhor compreensão da matéria de direito, determino o envio adicional deste processo como representativo da questão, na forma do art. 1.036, § 1o, do

⁵³ STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1298647/SP, voto Ministro Luiz Fux, p. 05 e 06.

⁵⁴ STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1298647/SP, voto Ministro Luiz Fux, p. 06 e 07.

Código de Processo Civil. O presente feito cumpre, ademais, a exigência do art. 1.036, § 6º, do Código de Processo Civil, porque contempla 'abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida'. Este processo representativo da controvérsia se junta, assim, aos processos TST-Ag-AIRR-133-23.2016.5.14.0404 e TST-AIRR1848-28.2013.5.10.0013, adrede enviados, aplicando-se aqui idêntica fundamentação quanto à possível natureza infraconstitucional da divisão do ônus da prova da escolha e fiscalização das empresas contratadas em regime de terceirização pelos entes públicos, em busca de estabilização da jurisprudência quanto ao alcance da expressão 'não transfere automaticamente' ao Poder Público contratante (Tema 246), verificado o inadimplemento dos encargos trabalhistas pela empresa terceirizada.

(...)

Determinei, no mais, a suspensão de trâmite de outros processos que versam a mesma matéria - e que se contam na casa da dezena do milhar -, aplicando-se ao caso o disposto nos arts. 1.030, V, b, do CPC e 896-C, § 14, da CLT. Dessa forma, a fim de que a Corte Suprema se manifeste a respeito da alegada ofensa aos arts. 5º, II, 37, caput e XXI, § 6º, 97 e 102, § 2º, da Constituição Federal e pacifique, em definitivo, a controvérsia em questão, dou seguimento ao recurso extraordinário.

Assim, após apreciar a matéria o Relator Ministro Luiz Fux alegou que “A matéria aqui suscitada possui densidade constitucional suficiente para o reconhecimento da existência de repercussão geral, competindo a esta Suprema Corte definir, ante o julgamento da ADC 16 e do RE 760.931, Tema 246 da Repercussão Geral, a validade da imposição de responsabilidade subsidiária à Administração, sob o fundamento de não comprovação da efetiva fiscalização, isto é, pela inversão do ônus probandi.⁵⁵”

Assim, o Ministro manifestou-se, nos termos do artigo. 1035 do Código de Processo Civil e art. 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pela Existência de Repercussão Geral da Questão constitucional suscitada e submeteu a matéria a apreciação dos demais ministros da corte. Após o julgamento dos demais foi prolatada a seguinte decisão⁵⁶:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS GERADOS PELO INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS CONTRATADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA AUTOMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO. MERA PRESUNÇÃO DE CULPA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS.

⁵⁵ STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1298647/SP, voto Ministro Luiz Fux, p. 08.

⁵⁶ STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1298647/SP, p. 01.

PAPEL UNIFORMIZADOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE RECURSO CONTROVÉRSIA. REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou o Ministro Gilmar Mendes. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou o Ministro Gilmar Mendes (STF, 2020).

Dessa forma, em 11 de dezembro de 2020 foi reconhecido a repercussão geral do tema 1118, que aduz sobre “Ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246).” E o Recurso Extraordinário 1298647, é o *leading case* desse tema.

E, após a decisão do STF em reconhecer a existência de matéria constitucional e a repercussão geral do tema 1118, o Ministro Presidente Luiz Fux determinou a distribuição dos autos por sorteio, assim em 03 de março de 2021 os autos foram distribuídos ao Ministro Nunes Marques.

E, em verificação do andamento desse recurso extraordinário através do site do STF⁵⁷, tem-se que a última movimentação foi em 11 de março de 2021, pelo qual foi informado que os autos foram conclusos ao Relator Ministro Nunes Marques.

Portanto, resta aos aplicadores do direito aguardar o julgamento da repercussão geral do tema 1118, e espera-se que dessa vez o Supremo Tribunal Federal, pacifique em definitivo a controvérsia em questão.

Entretanto, ressalta-se que a interposição desse presente Recurso Extraordinário pelo Estado de São Paulo, não foi a última novidade publicada recentemente sobre o assunto. Pois, foi recém-publicada a nova lei de licitações, conforme veremos a seguir.

⁵⁷ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6048634>.

5 LEI Nº 14.133/2021 – NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Foi publicada no Diário Oficial da União no dia 01º de abril de 2021, a Lei 14.133/2021, denominada Lei de Licitações e Contratos Administrativos, esta lei conforme está disposto em seu art. 1º, estabelece sobre as normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.

A nova lei de Licitações e contratos administrativos substituirá à lei de licitações (Lei 8.666/93), Lei do Pregão (Lei 10.520/2002) e Lei do Regime diferenciado de Contratações (Lei nº 12464/2011), conforme aduz o art. 193 da lei 14.133/2021:

Art. 193. Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Ressalta-se, que a nova legislação entra em vigor imediatamente, não haverá *vacatio legis*. Mas, conforme visto acima a revogação das normas anteriores referente a licitação e contratos ocorrerá no prazo de dois anos. Assim, durante esse período tanto as normas antigas (exceto os arts. 89 a 108 da lei 8.666/93, que já foram imediatamente revogadas) quanto a nova lei, continuarão produzindo efeitos jurídicos

Assim, diante dessa nova legislação, veremos a seguir o que mudou referente a responsabilidade subsidiária do ente público, quando firmado contrato de prestação de serviços com empresa terceirizada.

5.2 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NA LEI SOBRE A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O art. 71, §1º da antiga Lei de Licitações nº 8.666/93 alega que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

Este referido artigo, agora encontra-se no art. 121, §1º, da nova Lei 14.133/2021, com a seguinte redação:

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

Observa-se, que a redação é praticamente a mesma, mas a alteração veio no §2º da referida lei, vejamos:

Art. 121. [...] § 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração

responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

Assim, nota-se que a nova lei de licitações trouxe o entendimento fixado no RE 760.931/DF, de que a administração pública em regra não é responsável subsidiário pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas pelo contratado ao trabalhador, porém existe a exceção, de que o Ente Público pode responder subsidiariamente se ficar comprovada a falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado, conforme mencionado acima.

A nova legislação trouxe também o §3º do art. 121 da referida lei, que prevê que nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital, ou em contrato poderá, entre outras medidas:

- I - Exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;
- II - Condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;
- III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;
- IV - Em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;
- V - Estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

A implementação desse parágrafo é de suma importância, pois estabelece medidas para que o ente público aplique, a fim de fazer com que as obrigações trabalhistas sejam cumpridas pelo contratado, evitando que a administração pública seja duplamente onerada e, que o trabalhador seja prejudicado.

Anteriormente, no subtítulo 3.3 desse trabalho, onde foi falado sobre a tese de repercussão geral do RE 760.931/201 e as suas omissões, ficou demonstrado que o STF, deixou algumas “lacunas” abertas, diante da exceção deixada por eles,

exceção essa que foi trazida no §2º do art. 121 da nova lei de licitações, conforme visto acima.

Pois, se o ente público pode ser condenado subsidiariamente caso fique comprovada a sua falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado, eles deveriam dizer, qual seria o alcance dessa fiscalização? Ou seja, o que é necessário fiscalizar, para que o ente público fosse eximido de ser condenado subsidiariamente?

Esse foi um dos questionamentos feitos, pois a lei 8.666/93 não estabelecia requisitos para a realização dessa fiscalização e, na omissão da lei era esperado que o Supremo se manifestasse, mas não o fez.

Porém, a nova lei de licitações estabeleceu o seguinte em seu art. 50:

Art. 50. Nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o contratado deverá apresentar, quando solicitado pela Administração, sob pena de multa, comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, em especial quanto ao:

I - Registro de ponto;

II - Recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;

III - comprovante de depósito do FGTS;

IV - Recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional;

V - Recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato;

VI - Recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva.

Dessa forma, observa-se que a lei trouxe critérios objetivos para a fiscalização do contrato por parte da Administração Pública, sanando uma das omissões que havia, sobre o assunto.

Entretanto, sabe-se que outra omissão deixada, foi referente ao ônus da prova, pois não foi fixado se caberia ao trabalhador comprovar a falta de fiscalização pelo ente público, ou se o encargo da prova seria da administração pública, que no caso comprovaria que realizou a fiscalização de maneira adequada.

A nova Lei poderia ter resolvido a controvérsia, mas nada trouxe referente ao ônus da prova nesses casos. Portanto, fica o encargo ao STF para decidir sobre a controvérsia através do julgamento do tema 1118, relatado anteriormente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou demonstrar os reflexos que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 760.931/2017, teve sobre a jurisprudência trabalhista, referente a responsabilidade subsidiária da administração pública, nos contratos firmados com empresas terceirizadas.

Como visto, observou-se que o presente assunto é um dos mais profícuos contenciosos do Judiciário Brasileiro, sendo discutido primeiramente na Ação Declaratória nº 16, na qual foi declarado a constitucionalidade do Art. 71, §1º da lei 8.666/93, a qual dizia não haver responsabilidade subsidiária do Ente Público.

Mas, notou-se que a ADC 16/DF ao invés de pacificar o assunto, só o intensificou ainda mais, pois em que pese tenha declarado a constitucionalidade do referido artigo, ficou ressalvado de que a administração pública poderia ser responsabilizada, caso fique demonstrada a sua omissão na fiscalização, pois até então a lei de licitações nada dizia a respeito, de forma expressa. O que se tinha, era interpretações, pois esta lei alegava ser obrigação do ente público a fiscalização dos contratos de prestação de serviços.

Ocorre, que após o entendimento fixado na ADC 16/DF, a justiça do trabalho passou a condenar de forma automática o ente público, sem se quer analisar se no caso concreto havia culpa da administração pública por não fiscalizar de forma adequada aquele contrato de prestação de serviços, diante disso novamente o STF passou a analisar o assunto, através do RE 760.931/DF que foi objeto de análise deste trabalho.

Assim, era esperado que o Supremo Tribunal Federal solucionasse as dúvidas referente ao assunto, pois a ADC 16/DF somente trouxe de forma bem genérica sobre a exceção.

Mas, restou evidenciado que o STF somente reafirmou o que foi proferido na ADC 16/DF quando proferiu a tese de repercussão geral, 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”.

Na verdade, notou-se que alguns ministros trouxeram em seus votos, as questões que precisavam ser discutidas para dar fim a controvérsia, quais sejam: (I) os critérios de fiscalização para o ente público; (II), a quem caberia o ônus da prova nesses casos. Mas, na elaboração da tese optaram por uma redação minimalista, ou seja, sem adentrar nas particularidades do assunto.

Porém, uma tese minimalista nesse caso não surtiu o efeito esperado pelos ministros, pois não colocou fim a controvérsia.

Sendo assim, ficou demonstrado que os reflexos dessa omissão, causou na jurisprudência trabalhista uma divergência jurisprudencial, pois de um lado havia as turmas que entendiam que o ônus da prova era do trabalhador, e outras alegavam ser da administração pública. E, mesmo após a Subseção I Especializada em dissídios individuais, firmar a tese de que é do Ente público o encargo de provar, se realizou a fiscalização de forma adequada, a questão não foi pacificada, pois algumas turmas do TST ainda continuaram a discordar.

Assim o que se observou, é que os ministros apresentaram aos aplicadores do direito diferentes visões sobre o assunto, que acabaram mais confundindo do que ajudando, e o reflexo causado na jurisprudência trabalhista, foi a divergência jurisprudencial, que acabou acarretando em uma grande insegurança jurídica sobre o tema.

E essa insegurança jurídica é tão notória, que o próprio STF reconheceu a necessidade de se manifestar, pela terceira vez, sobre o assunto através do Tema 1118, que teve sua repercussão geral reconhecida através do Recurso extraordinário 1298647, interposto pelo Estado de São Paulo.

Ademais, em 01 de abril de 2021 foi publicada a nova lei de licitações (lei. 14.133/2021) onde o legislador trouxe no art. 121, § 2º o entendimento fixado pelo STF no RE 760.931/2021, de que a administração pública poderá ser responsabilizada, caso fique comprovada a sua falha na fiscalização do contrato de prestação de serviços. Sendo assim, a exceção agora também está prevista na lei de licitações.

Ressalta-se também, que o próprio legislador percebeu que a lei 8.666/93 antiga lei de licitações, era omissa quanto aos critérios de fiscalização para o ente público, o que dificultava para a administração pública em saber o que era uma fiscalização realmente adequada, sendo que a própria lei que imputava a ela essa obrigação, não trazia parâmetros sobre como a mesma se procederia.

Assim, observando o legislador esta omissão na lei, e percebendo que o STF também não se pronunciou sobre a questão, trouxe em seu art. 50 os critérios

objetivos para a realização dessa fiscalização, trazendo inclusive um rol de documentos que devera ser exigido da empresa contratada, para fins de fiscalização.

Ademais, o legislador trouxe também no art. 121, §3º da nova lei de licitações, medidas preventivas que a administração pode utilizar mediante disposição em edital ou em contrato, para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado.

Logo, espera-se que tais medidas trazidas pela nova lei de licitações possam realmente surtir o efeito esperado, que é contribuir para que a administração possa fiscalizar efetivamente, evitando a sua responsabilização e resguardando de certa forma o trabalhador da empresa terceirizada.

Entretanto, caberá somente ao futuro dizer, se os parâmetros trazidos irão de fato auxiliar a administração pública, e se essa questão estará finalmente sanada.

Portanto, no que diz respeito ao ônus da prova a nova lei de licitações não se pronunciou sobre, ficando a cargo do STF decidir através do julgamento da repercussão geral do tema 1118, que encontra-se em andamento.

Dessa forma, acredita-se que o Supremo Tribunal Federal, possa dessa vez pacificar a controvérsia em definitivo, e acabar com a insegurança jurídica sobre o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 200 de 25 de fev. de 1967. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa** , Brasília, fev 1967.

BRASIL. Lei 6.019 de 03 de janeiro de 1974. **Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas**, Brasília, jan 1974.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de jun. de 1993. **Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública**, Brasília, jun 1993.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abr. de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, Brasília, 01 abr 2021.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudências posteriores. 18ª. ed. São Paulo: [s.n.], 2019.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 33ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FRITSCH, C. Z.; JUNQUEIRA, F. A. M.; MARANHÃO, N. STF deixa em aberto o ônus da prova quanto à culpa in vigilando do tomador público; a SBDI-1 do TST entende que o ente público tem a aptidão para a prova. 07 de fev. de 2020. **Migalhas**., 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/319963/stf-deixa-em-aberto-o-onus-da-prova-quanto-a-culpa-in-vigilando-do-tomador-publico--a-sbdi-1-do-tst-entende-que-o-ente-publico-tem-a-aptidao-para-a-prova>>. Acesso em: 28 mar 2021.

JUSTIÇA DO TRABALHO. Petrobras responderá por créditos devidos a eletricitista terceirizado.. **TstJus**, 2020. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/26688420>. Acesso em: 29 mar 2021.

LEITE, C. H. B. **Curso de direito do trabalho**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Manual de direito do trabalho**. 12ª. ed. São Paulo: Método, 2008.

PRITSCH, C. Z. M. N. J. F. A. M.

ROMAR, C. T. M. **(coleção esquematizado) 1. Direito do Trabalho 2. Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STF. AÇÃO DECLARATÓRIA Nº 16. Relator: Ministro César Peluso. DJ: 24/11/2010. **StfJus**, 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 02 mar 2021.

STF. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: Rcl 9959902-20.2014.1.00.0000/RS. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 11/03/2015. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178769128/reclamacao-rcl-17917-rs-rio-grande-do-sul-9959902-2020141000000>>. Acesso em: 18 mar 2021.

STF. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: Rlc 19147. Relator: Ministra Carmen Lúcia. DJ: 25/02/2015. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25363750/reclamacao-rcl-19147-sp-stf?ref=serp>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

STF. AG. REG. NA RECLAMAÇÃO: AgR Rcl 9954460-10.2013.1.00.0000/SP. Relator: Ministra Rosa Weber. DJ: 02/02/2016. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310298378/agreg-na-reclamacao-agr-rcl-15353-sp-sao-paulo-9954460-1020131000000/inteiro-teor-310298387>>. Acesso em: 18 mar 2021.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 760.931/2017. Relator: Ministra Rosa Weber. DJ: 11/09/2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/128353739/processo-n-760931-do-stf>>. Acesso em: 01 mar 2021.

STF. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO : 1208674. Relator: Ministro Luiz Fux. DJET: 17/12/2020. **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1153361157/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-re-1298647-sp-0010424-3220145150111>>. Acesso em: 28 mar 2021.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE. 1298647/ SP. Relator: Ministro Nunes Marques. DJ: em andamento. **StfJus**, 2021. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6048634>>. Acesso em: 30 mar 2021.

TST. RECURSO DE REVISTA: RR 13800-76.2012.5.16.0005. relator: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. DEJT: 13/12/2019. **JusBrasil**, 2012. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/796131754/recurso-de-revista-rr-1380007620125160005>>. Acesso em: 24 mar 2021.

TST. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA: Ag-AIRR: 4396620155170008, Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ: 18/12/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/796116853/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-ag-airr-4396620155170008>>. Acesso em: 26 mar 2021.

TST. ARR 301-59.2011.5.04.0022. Relator: José Roberto Freire Pimenta. DJ: 04/12/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/796147190/arr-3015920115040022>>. Acesso em: 24 mar 2021.

TST. RECURSO DE REVISTA: RR 1076-81.2016.5.05.0342. Relator: Ministra Maria Helena Mallmann. DEJT: 31/05/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/716054279/recurso-de-revista-rr-10768120165050342>>. Acesso em: 24 mar 2021.

TST. ARR-101616-23.2016.5.01.0028. Relator: Ministro Joao Batista Brito Pereira, DEJT: 23/03/2021. **JusBrasil**, 2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/1118176541/tst-judiciario-22-03-2021-pg-5725>>. Acesso em: 26 mar 2021.

