

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
Bacharelado em Direito

Gabriela França de Oliveira Pedral

**O ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES TRABALHISTAS DE RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA DE ENTES PÚBLICOS: UMA ANÁLISE DO RE 760.931/DF**

São Cristóvão

2021

Gabriela França de Oliveira Pedral

**O ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES TRABALHISTAS DE RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA DE ENTES PÚBLICOS: UMA ANÁLISE DO RE 760.931/DF**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe – UFS como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Otávio Augusto Reis de Sousa.

São Cristóvão

2021

RESUMO

Trata-se a presente monografia de análise aos termos do RE 760.931/DF, no tocante à distribuição do ônus da prova em ações trabalhistas que objetivam a responsabilização da Administração Pública pelos encargos devidos pelas empresas terceirizadas. Em observância aos fatores históricos, legais e jurisprudenciais que levaram a Suprema Corte a julgar o Tema 246, foi possível observar que houve a confirmação da já assentada impossibilidade de responsabilização automática, sendo necessária a comprovação da culpa *in vigilando* ou da culpa *in eligendo*. Após análise de Acórdãos do STF, TST e TRT/20, constatou-se que a limitação da Corte em proferir tese de repercussão geral nos mesmos termos do decidido na ADC 16 resultou em fixação inservível, em termos práticos, para sanar a controvérsia existente nos tribunais trabalhistas em relação à distribuição do ônus probatório nessa espécie de demanda. Por fim, ante novo reconhecimento de repercussão geral ao Tema 1.118, em dezembro de 2020, reconheceu o Supremo Tribunal a fragilidade da decisão anteriormente exarada a respeito de questão processual objetiva. Dessa forma, foi possível inferir que o precedente qualificado em questão não cumpriu com o seu papel de gerar maior uniformidade das decisões e segurança jurídica a respeito de ponto processual controvertido.

Palavras-chave: Administração Pública; responsabilidade subsidiária; ônus da prova; controvérsia jurisprudencial; segurança jurídica; RE 760931.

ABSTRACT

Treats the presente monograph of the analysis about the terms of RE 760.931/DF, regarding the distribution of the onus of proof in labor claims that aim to hold the Public Administration responsible for the charges owed by outsourced companies. In observance of the historical, legal and jurisprudential factors that led the Supreme Court to judge the Theme 246, it was possible to observe that there was confirmation of the already established impossibility of automatic liability, requiring proof of guilt *in vigilando* or guilt *in eligendo*. After analyzing the Judgments of the STF, TST and TRT/20, it was found that the Court's limitation in delivering the thesis of general repercussion in the same terms as the decision in ADC 16 resulted in an unserviceable fixation, in practical terms, to remedy the existing controversy in the labor courts in relation to the distribution of the evidential burden in this type of demand. Finally, in view of the new recognition of the general repercussion of Theme 1118, in December 2020, the Supreme Court recognized the fragility of the decision previously issued regarding an objective procedural issue. In this way, it was possible to infer that the qualified precedent in question did not fulfill its role of generating greater uniformity of decisions and legal certainty regarding the controversial procedural point.

Keywords: Public Administration; subsidiary liability; onus of proof; jurisprudential controversy; legal certainty; RE 760931.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS	8
2.1. Evolução do fenômeno da terceirização	8
2.2. A concepção da administração pública como tomadora de serviços	9
2.3. Assimilação inicial da Jurisprudência Trabalhista ao fenômeno da terceirização.....	12
2.4. Responsabilização subsidiária normativa do ente público	14
3. PANORAMA JURISPRUDENCIAL RELATIVO AO ENCARGO PROBATÓRIO À LUZ DO RE 760.931/DF	18
3.1. A problemática do encargo probatório relativo à comprovação da culpa <i>in vigilando</i> e <i>in eligendo</i>	18
3.2. Análise do Recurso Extraordinário 760.931/DF	21
3.2.1. Voto vencido da Min. Relatora Rosa Weber	21
3.2.2. Teor dos votos que acompanharam o posicionamento da Ministra Rosa Weber: Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello	24
3.2.3. Divergência vencedora do Min. Redator Luiz Fux	27
3.2.4. Teor dos votos que acompanharam integralmente o posicionamento do Ministro Luiz Fux: Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes.....	28
3.2.5. Particularidades do voto do Ministro Dias Toffoli	30
3.3. Análise dos Embargos ao RE 760.931/DF	31
4. IMPACTO DA REPERCUSSÃO GERAL NOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS ..	34
4.1. Posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho	34
4.2. Reflexos da Tese de Repercussão Geral no TRT da 20ª Região	36
4.3. Tema de Repercussão Geral 1118: Distribuição do ônus da prova para responsabilização de entes públicos nos casos de terceirização	47
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

1. INTRODUÇÃO

Diferindo do clássico molde bilateral das relações empregatícias, mostra-se a terceirização como uma forma de flexibilização ante a implantação, por via legislativa, de relação jurídica trabalhista flexível.

Em decorrência do processo de globalização – o qual acarretou o declínio dos modelos taylorista e fordista e a ascensão do padrão toyotista – as práticas terceirizantes foram cada vez mais incorporadas nos moldes empresariais que buscavam sobrevivência em um mercado competitivo.

No mesmo sentido, o Poder Público, apesar de não possuir como finalidade precípua a geração de lucro, também precisou se adaptar às novas formas de trabalho como meio de obter redução de custos e eficiência administrativa.

Por meio da presente monografia, será realizada, inicialmente, uma breve exposição histórica do fenômeno da terceirização brasileira, ressaltando as introduções legais ao tema, especialmente no tocante às possibilidades de terceirização pela Administração.

Ainda, buscar-se-á demonstrar a assimilação inicial dos Tribunais Superiores em relação à temática, por meio do estudo da Súmula 331 do TST, inclusive em relação às alterações de sua redação, e dos fatores que acarretaram o julgamento da ADC 16 pelo Supremo Tribunal Federal, em 2010.

Neste julgamento, restou assentada a possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público pelo inadimplemento de encargos trabalhistas porventura devidos pela empresa contratada, desde que comprovada a culpa estatal na escolha da terceirizada ou na fiscalização de seus serviços.

Ocorre que parece ter restado lacuna sobre a que polo da relação processual esse ônus seria atribuído: deveria o trabalhador, reclamante, comprovar a ausência de diligência do ente público? Ou deveria a Administração, reclamada, comprovar que realizou a devida fiscalização?

Devido a divergência de entendimentos entre os Tribunais Regionais e, até mesmo, entre as turmas do TST, foi instado o STF a se manifestar sobre o tema, novamente, no julgamento do Recurso Extraordinário 760.931/DF, dotado de repercussão geral.

Ponto central do presente estudo, os votos proferidos durante o julgamento serão detidamente observados, com enfoque nas opiniões emitidas a respeito no ônus da prova. A seguir, será analisada a redação do Tema de Repercussão Geral

246 e a sua efetividade em sanar a controvérsia jurisprudencial existente.

Tal análise dar-se-á, especialmente, por meio de breve exame de Acórdãos de relatoria de cada Desembargador do TRT da 20ª Região, publicados entre julho de 2020 e outubro de 2021. Ainda, será explorada a interpretação da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST acerca da referida tese de repercussão geral.

Com o estudo dos julgados, tem-se como objetivo principal verificar se a discrepância de interpretação jurisprudencial relativa ao *onus probandi* foi sanada após o julgamento do RE 760.931/DF.

Dessa forma, deve ser possível inferir se o precedente qualificado em questão foi capaz de cumprir com o seu papel de gerar maior uniformidade das decisões e segurança jurídica a respeito de ponto processual controvertido entre as instâncias inferiores – a distribuição do encargo probatório nas demandas de responsabilização subsidiária da Administração.

2. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS

2.1. Evolução do fenômeno da terceirização

De acordo com Delgado (2018), o fenômeno da terceirização é resultante de um neologismo oriundo da palavra terceiro no sentido de intermediário. Seria definido, portanto, como uma dissociação entre a relação econômica de trabalho e a relação trabalhista correspondente a ela, provocando uma relação trilateral em busca da contratação de força laboral.

Sob essa ótica, o trabalhador, apesar de realizar suas atividades em prol da empresa tomadora de serviços, possui vínculo empregatício com a empresa terceirizada, a qual é contratada diretamente pela tomadora. Desse modo, um importante reflexo do processo terceirizante é a ausência de configuração de vínculo empregatício entre a empresa beneficiada pelas atividades laborais e o trabalhador que a realiza.

Esse modelo trilateral difere do clássico molde bilateral das relações empregatícias. Nesse sentido, Leite (2021) classifica a terceirização como uma forma de flexibilização de desregramento, o que significa a quebra da rigidez da legislação atual mediante a implantação, por via legislativa, de relação jurídica diversa mais flexível.

Tal separação entre a relação empregatícia e a relação de prestação dos serviços pode acarretar “graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho” (DELGADO, 2018, p. 534).

O desajuste em relação à aplicação dos princípios tradicionais do direito do trabalho nas relações jurídicas flexibilizadas pelo processo terceirizante também é apontado por Leite (2021) como um obstáculo de atuação da Justiça Trabalhista em prol da efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Todavia, em decorrência do processo de globalização e do aumento da competitividade mercantil, diversos setores empresariais passaram a enxergar o processo terceirizante como forma de sobrevivência, posto que possibilita a redução de encargos trabalhistas, como aponta Leite (2021).

A competitividade e, conseqüentemente, a necessidade de sobrevivência empresarial, remonta aos primeiros indícios do processo terceirizante – o declínio dos modelos taylorista e fordista e a ascensão do padrão toyotista.

Nesse sentido, aponta Martinez (2021) que em decorrência do abandono da produção em massa e da ascensão da produção ligada à demanda, o labor nas atividades-fim se tornou cada vez mais competitivo, na medida em que a recompensa era dada por meta alcançada. Por esse motivo, os trabalhadores que não acompanhavam o ritmo acelerado de serviço eram despedidos e realocados em outras empresas para que realizassem atividades-meio.

Utilizando-se do termo “reengenharia da estrutura empresarial”, afirma Martinez (2021) que as chamadas empresas periféricas passaram a contratar trabalhadores pouco qualificados para realizar atividades instrumentais, enquanto as empresas centrais iniciaram a contratação de trabalhadores qualificados para fiscalizar o processo produtivo final.

Houve, então, uma associação de ambas para que as empresas periféricas pudessem prover trabalhadores que realizassem os serviços instrumentais para as empresas centrais, resultando no modelo terceirizante.

Desataca Delgado (2018), nesse ponto, que as práticas de terceirização foram cada vez mais incorporadas independentemente da existência de texto legal autorizativo para tanto.

No Brasil, os impulsos da industrialização foram sentidos de forma tardia, fazendo com que esse fenômeno não possuísse grande significação econômica no mercado privado, segundo Delgado (2018).

Assim, a terceirização assumiu certa clareza no Direito Trabalhista brasileiro apenas a partir dos anos de 1970, sendo a Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74) a primeira legislação a tratar especificamente da terceirização voltada para o campo privado. A partir desse ponto, o segmento privado da economia incorporou, de forma crescente, “práticas de terceirização da força de trabalho independentemente da existência de texto legal autorizativo da exceção ao modelo empregatício clássico” (DELGADO, 2018, p. 536).

2.2. A concepção da administração pública como tomadora de serviços

Anteriormente às citadas normativas voltadas para o campo privado da economia, surgiram as primeiras referências legais referentes ao segmento estatal das relações trabalhistas.

A princípio, cumpre pontuar que a escassez dos recursos pertencentes à Administração Pública torna necessária a sua utilização cada vez mais eficiente.

De acordo com Santos (2014), a decisão de terceirizar ou não determinada atividade se dá em razão da necessidade de eficiência dos recursos estatais, visto que o custo de manutenção do servidor público costuma ser, em regra, maior do que o custo de um trabalhador terceirizado.

Nessa linha, ainda segundo Santos (2014), isso se dá em razão da grande quantidade de regras e etapas de contratação de um trabalhador em regime jurídico administrativo, a exemplo de concursos públicos, pagamento de benefícios administrativos, como planos de saúde e previdência, além de correição disciplinar.

Devido à necessidade de economia de verbas, os primeiros mecanismos jurídicos responsáveis por trazer disposições referentes à descentralização administrativa por meio da contratação de trabalhadores por empresas interpostas foram o Decreto-Lei 200/1967 e a Lei 5.645/1970.

O primeiro desses mecanismos, trazido pelo Decreto-Lei 200/1967, foi a indução dirigida à Administração Pública para que as atividades instrumentais fossem executadas de forma indireta, mediante contrato, conforme disposição do art. 10, *caput* e § 7º:

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 e 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, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução

Por se sujeitar a Administração Pública ao princípio da legalidade, tornou-se nítido o acolhimento, pelo ordenamento jurídico, da possibilidade de os entes públicos realizarem as chamadas práticas de terceirização de certas atividades.

Todavia, apesar de restar expressa a possibilidade da contratação de empresas intermediadoras dos serviços, afirma Delgado (2018) que a problemática dessa normativa era referente à clareza quanto a extensão da autorização de quais atividades poderiam se enquadrar na permissão legal.

O surgimento dessa problemática se deu em razão da ausência de especificidade ou mesmo exemplificação sobre quais serviços seriam caracterizados como “tarefas executivas” ou “encargos de execução” –

nomenclaturas utilizadas pelo dispositivo legal citado.

Devido a essa dúvida quanto à extensão da normativa, o segundo mecanismo jurídico propiciador da descentralização administrativa, a Lei 5.645/1970, esclareceu o que seriam os encargos de execução e instrumentalidade referidos pelo Decreto-Lei 200/1967.

Art. 3º [...] Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Mediante rol exemplificativo disposto no parágrafo único do artigo 3º, tornou-se inquestionável que todas as atividades autorizadas tratavam-se de atividades-meio, não havendo, até então, norma legal que autorizasse a descentralização da execução das chamadas atividades-fim.¹

Na mesma linha, a parte final do art. 10, §2º da Lei 7.102/83 realizou referência a terceirização, no âmbito da Administração Pública, apenas referente a serviços de vigilância, segurança e transporte de valores – atividades, estas, tidas como instrumentais ou atividades-meio.

Art. 10 [...] § 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas.

A terceirização também encontrou previsão na Lei 8.666/93, em seu artigo 10, o qual dispunha sobre a execução indireta de obras e serviços, ou seja, atividades tidas como instrumentais.

De igual forma, o art. 1º do Decreto-Lei 2271/97, com redação atualmente já revogada, também previa a execução indireta dos serviços, reforçando o caráter de

¹ Nesse ponto, cumpre distinguir que as atividades-fim são aquelas que se relacionam intrinsecamente ao objetivo final do serviço desempenhado. As atividades-meio, por sua vez, não se relacionam diretamente com a atribuição principal do órgão, tratando-se de serviços necessários ao seu funcionamento. A exemplo, os advogados da Caixa Econômica Federal realizam atividade-meio da empresa pública, enquanto a atividade-fim é realizada por bancários, como decidido do Recurso Especial 1318740/PR, publicado em 05/11/2019. Desse modo, considerou o STJ que a terceirização dos serviços jurídicos pela CEF não se revela ilegal, porquanto a atividade não se vincula à atividade-fim do órgão.

instrumentalidade dos processos terceirizantes:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

No primeiro momento, portanto, a autorização legal relativa à terceirização estatal foi limitada exclusivamente a atividades-meio, ou seja, instrumentais e acessórias, não havendo na ordem jurídica hipóteses permissivas à terceirização de atividades-fim dos entes tomadores de serviço, como afirma Delgado (2018).

Reafirmando essa concepção, como sustenta Santos (2014), seria possível inferir, embasando-se nas normativas citadas, que as atividades passíveis de terceirização seriam aquelas que não fossem consideradas próprias do órgão ou da instituição enquanto emanção administrativa do Estado².

2.3. Assimilação inicial da Jurisprudência Trabalhista ao fenômeno da terceirização

A partir das normativas trazidas ao Direito brasileiro nas últimas décadas do século XX, a jurisprudência se debateu na assimilação do tema da terceirização e de suas inovações.

Em 1986 o Tribunal Superior do Trabalho (TST) fixou a Súmula 256, a qual mantinha a regra de contratação relacionada ao padrão empregatício bilateral e a orientação da noção da terceirização como processo excetivo, como afirma Delgado (2018):

² Em relação às pessoas jurídicas de direito privado, ainda que não sejam objeto de análise do presente estudo, cumpre pontuar que a terceirização de suas atividades principais já é permitida pelo art. 4º-A da Lei 6.019/1974, incluído pela Lei 13.429/2017. Tal permissão, de acordo com Martinez (2021), caracterizou uma desfiguração daquilo que era da natureza da terceirização. Garcia (2021), por sua vez, afirma que esse fenômeno nada mais é do que um meio de diminuição de custos e prestação de serviço eficiente, objetivos comumente buscados no meio empresarial.

Súmula nº 256 do TST
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE
Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Tal ideia de que o fenômeno da terceirização deveria ser uma exceção às relações bilaterais materializava-se na determinação de reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços caso a terceirização fosse ilícita.

Ademais, ao utilizar-se da expressão “salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância”, a Súmula nº 256 pareceu fixar, como alerta Delgado (2018), um leque exaustivo de exceções terceirizantes.

Essa limitação, além de comprometer a utilização das práticas de terceirização, contrapunha-se à disposição anteriormente trazida pelo Decreto-Lei 200/1967, o qual induzia a Administração Pública para que as atividades instrumentais, no geral, fossem executadas de forma indireta, conforme disposição do seu art. 10, *caput* e § 7º, já exposto em tópico anterior.

Dessa forma, a jurisprudência trabalhista, em um primeiro momento, pareceu limitar disposição mais ampla já trazida por via legislativa, fato que gerou controvérsia judicial e acarretou a substituição do verbete sumular, em 1993, pela Súmula nº 331 do TST.

O dispositivo, em seu item IV, trouxe a possibilidade de responsabilização subsidiária do tomador de serviços pelo inadimplemento das verbas trabalhistas por parte do empregador já em sua redação original:

Súmula nº 331 do TST
[...]
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.

No ano 2000, houve edição do inciso IV da Súmula nº 331 do TST apenas para evidenciar que as obrigações decorrentes da responsabilização subsidiária abrangiam os órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Portanto, de início, os magistrados, ao aplicar o verbete sumular do TST, responsabilizavam de forma direta as entidades estatais em caso de inadimplência

das contratadas.

2.4. Responsabilização subsidiária normativa do ente público

Dispondo sobre a regulamentação dos contratos pela Administração Pública, a Lei 8.666 de 1993 traz em seu art. 71, §1º, com redação dada pela Lei nº 9.032 de 1995, previsão normativa acerca da impossibilidade de responsabilização do ente público em decorrência da inadimplência dos encargos trabalhistas pelo contratado, ou seja, a empresa terceirizada.

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.

Como visto, a primeira redação da Súmula 331, IV do TST, também do ano de 1993, parecia ir de encontro à disposição legal presente na Lei 8.666/93. Isso, pois enquanto a legislação previa a impossibilidade de responsabilização, os Tribunais trabalhistas responsabilizavam automaticamente, de forma subsidiária, o tomador de serviços estatal.³

Ante a existência dessa controvérsia normativa, foi proposta, em 2007, a ADC nº 16 pelo governador do Distrito Federal.

Aponta Santos (2014) que os debates acerca do tema persistiram até mesmo na admissão da ADC para julgamento, visto que o relator Ministro Cezar Peluso julgou pela falta de interesse objetivo de agir ante a inexistência de controvérsia judicial.

Entretanto, houve prosseguimento da análise por ocasião do voto divergente, seguido por maioria, do Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a existência da controvérsia apontada.

Nesse ponto, as razões expostas pelo autor da ação e que embasaram a sua propositura apontam expressamente a discrepância entre o texto da Lei e o do

³ Para além da questão normativa, o debate abrangia – e ainda abrange – discussões doutrinárias acerca da imputação da responsabilização subsidiária à Administração. A exemplo, enquanto Santos (2014) afirma que essa aplicação é contrária à razão de existir da terceirização, ou seja, a redução de custos públicos, Delgado (2018) sustenta que tal limitação à prática terceirizante evidencia, positivamente, uma compreensão de inconstitucionalidade da terceirização irrestrita e descontrolada, estando em conformidade com a matriz humanística da Constituição Federal de 1988.

verbete sumular, conforme se extrai de trecho constante no corpo do ADC 16 (2010, p. 2-3):

[o art. 71, §1º da Lei 8.666/93] tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos de Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, §1º da Lei Federal nº 8.666/93. Nesse sentido, o TST fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a Indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

Dado prosseguimento ao julgamento, a ADC 16 firmou a constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/1993. Considerou, desse modo, não ser automática a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das verbas trabalhistas pelo empregador.

Como afirma Costa (2018), os Ministros votaram por uma aplicação moderada ou mitigada da Súmula do TST, além de flexibilizar a interpretação do dispositivo da Lei de Licitações e Contratos de 1993. Isso, pois apesar de reconhecer a possibilidade da responsabilização, essa decisão dependeria da comprovação da ocorrência de culpa *in vigilando* do tomador de serviços, constando na ementa da ADC 16 (2010, p. 1):

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.

Em razão desse julgamento, ocorreu, em 2011, nova alteração no inciso IV e a inclusão do inciso V no corpo da Súmula 331, afastando-se a responsabilidade objetiva estatal e explicitando, ainda, que a aludida responsabilização não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, sendo necessária a comprovação de conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666/93:

Súmula nº 331 do TST
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.

Tem-se, portanto, que a última alteração da Súmula nº 331, ocorrida em 2011, decorreu diretamente do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal em 2010, em razão de análise do art. 71 da Lei 8.666/93.

Após mais de vinte e cinco anos da promulgação da Lei 8.666, novo regramento acerca das disposições legais foi formulado com a Lei 14.133/2021, de vigência imediata, constituindo, de acordo com Rodrigues (2021), um aprimoramento no regime de licitações e contratações públicas⁴.

A nova Lei de Licitações e Contratos traz, assim como sua antecessora, disposição acerca da responsabilidade subsidiária da Administração por inadimplência do contratado, conforme o art. 121, §§ 1º e 2º:

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.

⁴ Apesar de possuir vigência imediata, dispõe a Lei 14.133/21, em seus arts. 192 e 193 que o regramento antecedente contido na Lei 8.666/93 só será revogado no ano de 2023. Nos dois anos compreendidos entre a promulgação da legislação mais recente e a revogação da mais antiga (2021-2023), a Administração Pública poderá optar por licitar ou contratar por qualquer dos regramentos, desde que haja especificação no edital ou no aviso/instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada.

§ 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.

A responsabilidade subsidiária administrativa foi, portanto, objeto de longos debates na legislação e na jurisprudência, havendo diversas divergências normativas e interpretativas a esse respeito.

Atualmente, reforça a nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/21) a impossibilidade de responsabilização automática do ente público pela inadimplência de verbas trabalhistas da empresa contratada, sob pena de oneração do objeto contratual, como destaca Rodrigues (2021).

3. PANORAMA JURISPRUDENCIAL RELATIVO AO ENCARGO PROBATÓRIO À LUZ DO RE 760.931/DF

3.1. A problemática do encargo probatório relativo à comprovação da culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

Como visto, consta expressamente no texto da Lei 8.666/93 não ser possível onerar a Administração por inadimplemento trabalhista da empresa terceirizada. Ocorre que, em aparente dissonância ao texto da lei, a Súmula 331, IV do TST previa a possibilidade de aplicação dessa oneração. A divergência entre a Lei de Licitações e o verbete do TST foi o fato gerador do julgamento da ADC 16.

Nesse julgamento, foi reconhecida a possibilidade da responsabilização, apesar de restar sedimentado que a obrigação subsidiária dependeria da comprovação da ocorrência de culpa do tomador de serviços, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Dessa forma, para que caracterizasse a responsabilidade, seria preciso demonstrar a existência de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*⁵.

Apona Costa (2018) que a culpa *in eligendo* materializa-se em momento anterior à celebração do contrato, ou seja, é configurada quando a Administração Pública não toma as devidas cautelas no ato de contratação da empresa terceirizada.

Desse modo, deve o ente público utilizar-se de todas as precauções e averiguações a seu alcance para comprovar que a prestadora de serviços possui condição de adimplir com suas obrigações contratuais, inclusive trabalhistas.

A culpa *in vigilando*, por sua vez, decorre da incorreta fiscalização da execução contratual das empresas terceirizadas. Nesse sentido, aponta Costa (2018) que essa espécie de culpa possui o fito de ampliação do papel fiscalizatório do ente público. Isso, pois não basta a observância correta dos procedimentos licitatórios e contratuais, mas deve a Administração, também, fiscalizar

⁵ Apesar de possuírem grande relevância no presente trabalho e serem termos ainda muito utilizados pela seara trabalhista, aponta Cavalieri Filho (2020) que essas espécies de culpa (*in vigilando* e *in eligendo*) estão em extinção no direito privado, desde que foram criadas pelo Código Civil de 1916 em razão da aplicabilidade da teoria da culpa presumida. Com o advento do Código de 2002, essas situações regidas pela culpa presumida passaram a ser orientadas pela teoria da responsabilidade objetiva. Ao revés, com o julgamento da ADC 16 foi expressamente vedado, na esfera trabalhista, a responsabilização objetiva da Administração pelo inadimplemento dos encargos de suas terceirizadas, ainda muito se discutindo em relação à culpa na escolha da contratada e na culpa em sua fiscalização.

devidamente a sua execução.

O encargo fiscalizatório é, inclusive, determinado por ambas as Leis de Licitação e Contratos atualmente vigentes:

Lei 8.666/93, Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Lei 14.133/21, Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.

Em relação aos dispositivos citados, é dever da Administração, conforme afirma Garcia (2021), fiscalizar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas da empresa contratada.

Mostra-se claro o dever do ente público em realizar a devida fiscalização contratual, ainda que por meio de substitutos para esse fim, de modo que a execução do seu objeto ocorra satisfatoriamente para todas as partes, incluindo-se os trabalhadores.

Resta sedimentado, nesse ponto, que a responsabilização subsidiária da administração é possível, desde que comprovado ato culposo na escolha da empresa ou em sua fiscalização.

Ocorre que no julgamento da ADC 16 restou uma lacuna no tocante à distribuição do ônus probatório relativo a comprovação da culpa estatal por ausência de fiscalização ou correta eleição. Tal questionamento também não encontra resposta na Lei 8.666/93 ou na Súmula 331 do TST⁶.

A jurisprudência brasileira divergiu, por alguns anos, a respeito de quem deveria comprovar a falha na fiscalização do contrato dentro do processo trabalhista – o trabalhador, reclamante, ou a Administração, reclamada.

Como regra, o ônus da prova incumbe à parte que alega o fato, conforme premissa constante no art. 818 da CLT. Todavia, conforme §1º do referido

⁶ Em 2021, com a publicação da Lei 14.133/21, foi endossado o entendimento legal e jurisprudencial já existente de impossibilidade de responsabilização automática estatal, devendo ser comprovada a falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado, de acordo com seu art. 121, §2º. Todavia, apesar de posterior ao RE 760.931/DF, detalhadamente analisado a seguir, não trata a atual legislação acerca do tema do ônus probatório de forma explícita.

dispositivo, diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou, ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso.

Art. 818. O ônus da prova incumbe

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Desse modo, apesar de ser realizada a alegação de ausência da fiscalização pelo reclamante, o ônus poderia, dentro dos moldes legais, ser atribuído à parte reclamada em razão do disposto no §1º do art. 818, CLT⁷.

Nesse ponto, alerta Santos (2014) que a distribuição do ônus ao reclamante poderia caracterizar hipótese de fato negativo, posto que o empregado ficaria impossibilitado de comprovar a não ocorrência de fiscalização pela Administração.

Por outro lado, alerta Costa (2018) que a distribuição do ônus à Administração significaria partir da premissa de culpa presumida por parte do poder público, presunção esta explicitamente já vedada no julgamento da ADC 16.

A lacuna relativa a este tema, de grande importância processual, levou o STF a se manifestar novamente sobre a responsabilidade subsidiária dos entes públicos tomadores de serviço. Foi essa discussão acerca do ônus probatório que ocasionou, em 26/04/2017, o julgamento do RE 760.931/DF pela Suprema Corte, fixando-se o Tema de Repercussão Geral 246.

⁷ Em relação à distribuição dinâmica do ônus da prova, alertam Leal e Thibau (2018) que, embora frequentemente reconhecida como técnica hábil à implementação da melhor aptidão para a prova, a realização da distribuição judicial do ônus probatório estará sempre a depender de percepções singularíssimas do magistrado em razão da ausência de qualquer parâmetro normativo a respeito do significado das expressões “impossibilidade”, “excessiva dificuldade” e “maior facilidade”.

3.2. Análise do Recurso Extraordinário 760.931/DF

O Recurso Extraordinário 760.931/DF deu origem ao Tema de Repercussão Geral 246, onde a Suprema Corte fixou o seguinte entendimento:

“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 primeira análise, a decisão da Suprema Corte parece ter repetido os mesmos termos já sedimentados pela jurisprudência do TST. Isso, pois já havia menção na Súmula 331 à responsabilização subsidiária da empresa contratante, ainda que essa fosse um ente público, em face das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços, como sustenta Delgado (2018).

Ainda, a impossibilidade de responsabilização automática já havia sido fixada por meio do julgamento da ADC 16, julgada pelo próprio STF.

Existiram, contudo, diversas discussões no decorrer do julgamento do referido RE, inclusive em sede de Embargos de Declaração, a respeito da atribuição do ônus probatório relativo à existência ou não de fiscalização dos contratos.

Desse modo, passa-se a analisar o teor dos votos proferidos pelos Ministros do STF, especificamente em relação ao tema em estudo, enfatizando-se o voto vencido da Min. Relatora Rosa Weber e da divergência vencedora do Min. Redator Luiz Fux.

3.2.1. Voto vencido da Min. Relatora Rosa Weber

Em seu voto, trata explicitamente a Min. Rosa Weber sobre a distribuição do ônus probatório acerca da fiscalização contratual da prestadora de serviços.

Suscita a Ministra que a distribuição do ônus da prova à Administração Pública não contrariaria o decidido na ADC 16 e nem implicaria ofensa à Lei de Licitações. Nesse sentido, afirma no corpo de sua decisão que “não se trata de inversão do ônus da prova, nem de sua distribuição dinâmica. É distribuição prévia e abstrata feita pelo legislador; estática, pois” (BRASIL, 2017, p. 118).

Assim, de acordo com a Relatora, a distribuição do *onus probandi* ao ente

público já foi prévia e abstratamente realizada pela legislação, citando o art. 37 da Lei 9.784/99, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

Utiliza, portanto, a teoria da culpa presumida estatal, situada dentro da responsabilidade subjetiva.

Discorrendo a respeito da culpa presumida, aponta Cavalieri Filho (2020) que, em muitos casos, a atribuição da prova da culpa ao lesado é verdadeiramente diabólica e pode constituir barreira intransponível para a obtenção de direitos.

Nesse sentido, em razão da dificuldade de prova da culpa em determinadas situações, a referida teoria foi o mecanismo encontrado para favorecer a posição do lesado, retirando de si o encargo probatório de demonstração da existência da culpa.

Não se confunde, porém, com a responsabilidade objetiva, desde que a teoria utilizada pela Min. Rosa Weber atribui ao ente estatal culpa apenas de forma relativa, podendo ser elidida por prova em contrário – prova esta que caberia à Administração.

Isso, pois apesar de não ser aplicável a responsabilidade automática ao tomador de serviços (responsabilidade objetiva), possibilita-se à Administração a demonstração de que atendeu às determinações legais vigentes e, portanto, não agiu com negligência, imperícia ou imprudência no seu papel fiscalizatório.

Em síntese, “o causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado; mas, por se tratar de presunção relativa – *juris tantum* –, pode elidir essa presunção provando que não teve culpa” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 52).

Ressalta a Ministra que ainda que reste afastada a teoria da culpa presumida, a distribuição probatória deveria ser regida pelos princípios da aptidão da prova, da cooperação na atividade probatória e da distribuição dinâmica da prova.

Em afinidade com o princípio da igualdade no processo e considerando a busca da efetiva tutela jurisdicional do direito lesado, o princípio da aptidão para a

prova sintetiza que o encargo probatório incumbe àquele que apresenta as melhores condições de realizá-la, como apontou a Ministra em seu voto.

No mesmo sentido, o princípio da cooperação atribui a todos os participantes da relação processual o dever de colaborar para um resultado útil do processo. Nesse ponto, destacou a Min. Relatora a necessidade de uma atuação do julgador com o fim de impedir o desequilíbrio na relação processual, ou seja, seria papel do magistrado agir para não atribuir à parte hipossuficiente na demanda encargos dos quais seria impossível desincumbir-se.

Por fim, aponta a Ministra ser de grande utilidade a distribuição dinâmica do ônus probatório, a qual tem por diretriz a efetiva capacidade de cada parte produzir esse arcabouço, afirmando, ainda, ser o dinamismo um antídoto para a chamada prova diabólica.

Finalizada a análise principiológica, aponta a Min. Rosa Weber que o dever de fiscalização da Administração encontra base em diversas legislações, inclusive na Lei 8.666/93 – arts. 27, IV; 29, IV e V; 54, §1º; 55, XIII; 58; 67; 87.

Todos os preceitos apontam o dever da Administração Pública em acompanhar e fiscalizar de forma permanente o cumprimento, pela prestadora de serviços, de suas obrigações contratuais, incluídas as de caráter trabalhista.

Em convergência às normativas delineadas, aponta a Instrução Normativa nº 02 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), que traz em seu art. 31 obrigações expressas para a Administração Pública federal, no sentido de designação de mais de um servidor para o acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos.

Ainda, de acordo com os arts. 34-A e 35 da Instrução, a inadimplência das verbas trabalhistas viabiliza a ruptura do contrato com a Administração Pública além de ser dever estatal, no ato de extinção do contrato, aferir o pagamento pela contratada das verbas rescisórias devidas aos seus funcionários.

De acordo com a Ministra (BRASIL, 2017, p. 142):

Admitida conduta diferente, a empresa prestadora de serviços receberia da Administração Pública “carta branca” para o desempenho do contrato, podendo, inclusive, ignorar e desrespeitar os direitos laborais, constitucionalmente consagrados.

Ademais, considerando a inserção da mão de obra desse trabalhador terceirizado na dinâmica do Estado, para realização de “tarefas executivas”, toda a sociedade, de alguma forma, é beneficiada. Se as necessidades da contratante são atendidas por tais trabalhadores – que

desempenham atividades simples, mas essenciais ao bom funcionamento do ente público, tais como limpeza, segurança e recepção –, nada mais justo que o gravame decorrente da eleição da prestadora inadimplente ou da falta de fiscalização da execução do contrato recaia sobre o maior beneficiado pela mão de obra oferecida.

Assim, conclui seu voto expondo duas premissas: a de reafirmar a tese já declarada na ADC 16 de constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93 e a de firmar a tese de que não fere o texto constitucional a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração quando constatada a culpa na fiscalização dos serviços.

Em relação à esta última premissa, enfatiza expressamente a Ministra que devem ser observados os princípios disciplinadores do ônus da prova – aptidão da prova, da cooperação na atividade probatória e da distribuição dinâmica da prova – imputando-se à Administração o *onus probandi* relativo à comprovação de fiscalização da prestadora de serviços.

3.2.2. Teor dos votos que acompanharam o posicionamento da Ministra Rosa Weber: Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello

Conforme já detalhado, a Ministra Rosa Weber, relatora originária, negou provimento ao recurso para manter a responsabilidade já assentada pelo TST, com base nas duas premissas acima apontadas, ou seja, na possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público por inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa contratada.

Acompanhando a posição por negar provimento ao recurso, votaram também os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

O Ministro Edson Fachin, seguindo o entendimento da Ministra Rosa Weber no sentido de negar provimento ao recurso interposto pela União, não adentrou no mérito da questão relativa ao ônus probatório, abstendo-se de nova valoração probatória, pela natureza de instância extraordinária do STF.

Fez constar, apenas, que se o ato impugnado reconheceu a responsabilidade subsidiária da Administração com base nas provas produzidas no processo, afirmando expressamente que na existência de culpa *in vigilando* ou culpa *in eligendo*, deveria o ente público ser responsabilizado sem que houvesse

nova análise probatória.

Propôs, portanto, a fixação da seguinte tese (BRASIL, 2017, p. 179):

Diante da configuração de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, o ente público deverá 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 oposição ao Min. Fachin, que não tratou sobre o tema do encargo probatório de forma específica, o Min. Barroso fixou expressamente em seu voto que este ônus deveria ser atribuído à Administração, não sendo razoável, como consta em seu voto, atribuir ao trabalhador prova de fato negativo, especialmente em razão de sua manifesta hipossuficiência em contraste com os recursos de que goza o Poder Público.

Negando provimento ao recurso interposto, fixou em seu voto as seguintes premissas ao caso em análise: a Administração pode responder de forma subsidiária pelos encargos trabalhistas da terceirizada em caso de ausência de fiscalização; o ônus de provar essa fiscalização compete a si; a fiscalização pode ser realizada por amostragem; constatado o inadimplemento trabalhista pela contratada, o Poder Público deve tomar providências; responsabilização não pode ocorrer com base em afirmação genérica de culpa.

Nesse sentido, propôs a adoção da seguinte tese de repercussão geral (BRASIL, 2017, p. 182):

7. 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”.

Importante ponto do voto do Min. Barroso relaciona-se à exemplificação de como a Administração poderia realizar prova de sua fiscalização.

Para tanto, ressalta que exigir a fiscalização da totalidade das obrigações trabalhistas significaria, na prática, imputar riscos e onerosidades tão grandes que “a opção pela terceirização deixará provavelmente de ser uma escolha racional na grande maioria dos casos” (BRASIL, 2017, p. 193).

Como alternativa para fugir de um possível entrave à terceirização criado pela imposição de onerosa fiscalização, expõe o Ministro que essa obrigação poderia ser cumprida através de fiscalização por amostragem, estruturada pelo próprio ente público, com apoio técnico de órgão de controle externo. Ainda, a presunção relativa de razoabilidade dessa fiscalização garantiria segurança à própria Administração.

Com base nas premissas apontadas, acompanhou o Min. Barroso o entendimento da relatora Min. Rosa Weber no sentido de negar provimento ao recurso da União, na parte em que conhecido.

Na mesma linha, votou o Min. Ricardo Lewandowski, explicitando, ainda, que entende não haver nenhuma incompatibilidade entre aquilo que foi decidido na ADC 16, ou seja, a afirmação de constitucionalidade do art. 71, § 6º da Lei 8.666/93, e a atribuição de responsabilidade à Administração por culpa devidamente comprovada.

Apesar de não ter o Min. Lewandowski adentrado em discussão mais profunda a respeito do ônus probatório da fiscalização de obrigações contratuais, fez breve, porém expressa referência ao voto do Min. Barroso, concordando com a atribuição à Administração (BRASIL, 2017, p. 228):

Sua Excelência [Ministro Roberto Barroso] diz, e isto é consentâneo não só com o que ocorre na Justiça do Trabalho, mas também no Direito do Consumidor, aí compete à Administração o ônus de provar que houve a fiscalização.

Por fim, acompanhou o Ministro Celso de Mello, integralmente, o voto

proferido pela Ministra Rosa Weber, o que fez em simples voto de manifestação, não adentrando especificamente em maiores discussões a respeito do ônus da prova.

Todavia, por ter especificado a concordância com a integralidade do voto proferido, sem nenhuma ressalva, é possível concluir que coaduna com o entendimento da Relatora a respeito da distribuição do ônus probatório.

No mesmo sentido, expressou o Ministro Edson Fachin que subscrevia todas as teses propostas pela Ministra Rosa Weber, com os acréscimos sugeridos pelo Ministro Barroso.

Assim, negando provimento ao recurso interposto pela União e mantendo-se a decisão do TST que condenou a recorrente ao pagamento das verbas trabalhistas de forma subsidiária, votaram cinco dos onze Ministros.

No tocante ao ônus probatório da efetiva fiscalização, todos os cinco Ministros expressaram em seus votos (os Ministros Fachin e Celso de Mello de forma implícita) que o encargo caberia à Administração Pública.

3.2.3. Divergência vencedora do Min. Redator Luiz Fux

Divergindo da Relatora Rosa Weber, que negava provimento ao recurso da União, o Ministro Luiz Fux votou por seu provimento parcial. A princípio, pontuou diversos benefícios da terceirização, a exemplo de aprimoramento de tarefas, redução de problemas organizacionais, maior eficiência, maior flexibilidade para adaptação ao mercado, diminuição da possibilidade de falhas e redução de custos.

Ainda, argumentou que a Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já havia sido reconhecida pelo Supremo Tribunal em caráter *erga omnes* e vinculante por meio da ADC 16 e, por esse motivo, não haveria razão para alterar-se o entendimento já adotado.

Analisando a alteração legislativa da Lei 9.032/95 no art. 71 da Lei 8.666/93, afirmou que só houve a criação de responsabilidade solidária para encargos fiscais previdenciários. Pontuou que que poderia o legislador ter erigido uma responsabilidade subsidiária, mas não o fez, pelo que considerou o Ministro a existência de uma omissão eloquente para não criar a responsabilidade subsidiária à Administração Pública.

Devido à omissão legislativa, que entendeu o Ministro Fux ser proposital, afirmou que “a jurisdição constitucional deve se curvar à deferência em relação ao

Legislativo” (BRASIL, 2017, p. 225). Portanto, de acordo com o Ministro, uma análise principiológica feita pelo Judiciário com base na Constituição Federal não deveria se sobrepor à matéria de competência legislativa.

Ante tais ponderações, propôs a seguinte tese, ao final fixada pela Corte (BRASIL, 2017, p. 345):

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

Apesar de, em seu voto, restar apenas implícito que o ônus da prova pela ausência de fiscalização caberia ao reclamante, o Ministro Redator explicitou tal entendimento em sua redação aos Embargos Declaratórios, analisado adiante.

3.2.4. Teor dos votos que acompanharam integralmente o posicionamento do Ministro Luiz Fux: Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes

Acompanhando o posicionamento do Min. Redator, o Min. Marco Aurélio, além de prover parcialmente o recurso da União, tratou explicitamente a respeito do encargo probatório da fiscalização dos serviços.

Sustentando tratar-se o ônus do empregado, aduziu o Ministro que distribuição diversa atribuiria ao poder público o dever de atuar como se empregador fosse. Ademais, afirmou caber ao titular do direito comprovar os fatos constitutivos desse mesmo direito, de acordo com a sistemática trazida pela CLT.

Foi taxativo o Ministro, portanto, ao afirmar que o encargo probatório caberia ao trabalhador na hipótese de alegada ausência de fiscalização contratual.

Em voto sintético, também aderiu a divergência o Ministro Gilmar Mendes, sem adentrar em maiores discussões a respeito do *onus probandi*.

No mesmo sentido, votou pelo parcial provimento do recurso o Ministro Dias Toffoli. Entretanto, observa-se que seu voto possui peculiaridades relativas ao ônus probatório, as quais serão analisadas no tópico seguinte.

Na mesma linha da divergência inaugurada pelo Min. Luiz Fux, afirmou a Ministra Cármen Lúcia que não houve demonstração, no Acórdão recorrido, da comprovação cabal da responsabilidade da Administração Pública pelo

descumprimento da legislação trabalhista.

Isso, pois segundo a Ministra, não basta a ausência de comprovação, pelo ente público, para que a Administração seja responsabilizada subsidiariamente. Seria preciso, ainda, demonstrar taxativamente o nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador.

Conhecendo parcialmente o recurso interposto pela União e, na parte conhecida, provendo-o, propôs a fixação da seguinte tese com repercussão geral (BRASIL, 2017, p. 314):

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

Apesar de não ter a Ministra adentrado especificamente na discussão acerca do encargo probatório da fiscalização dos serviços da contratada no corpo de seu voto, o fez nas discussões finais da Corte (BRASIL, 2017, p. 338):

A Administração não comprovou. A Administração não tem que comprovar, o trabalhador vem e diz que a contratada não pagou. E aí a Administração tem que provar o quê? Ela não é nem parte nessa relação. Por isso nós dissemos: salvo comprovação da culpa, a Administração se exime, nos termos do art. 71.

Após o voto da Ministra Cármen Lúcia, a votação restou em cinco votos a cinco, dividido o Plenário entre prover ou não o recurso interposto pela União. Para sanar o empate, decidiu a Presidente Cármen Lúcia aguardar a chegada do novo Ministro, o então Min. Alexandre de Moraes.

Coube ao recém-chegado nas cadeiras do Supremo Tribunal a tarefa de realizar o desempate do julgamento em análise. Seguindo a linha de voto proposta pelo Ministro Luiz Fux, o Ministro Alexandre de Moraes proveu o recurso da União para modificar o Acórdão que anteriormente a ela imputava responsabilidade subsidiária.

Em seu voto, tratou o Ministro de forma explícita a respeito da distribuição do ônus probatório em ações de responsabilização subsidiária da Administração (BRASIL, 2017, p. 322):

[...] a consolidação da responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas

de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, representa claro risco de desestímulo à colaboração da iniciativa privada com a Administração Pública, estratégia essencial para que o Estado brasileiro consiga se modernizar.

O argumento de desestímulo à terceirização somou-se à premissa de que a responsabilidade objetiva, seja no Direito Constitucional ou no Direito Civil, é uma exceção.

Diante dessas premissas, apontou o Ministro que para ocorrer a responsabilização deveria haver, além da comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados, prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo reclamante.

3.2.5. Particularidades do voto do Ministro Dias Toffoli

Como já afirmado, o Ministro Dias Toffoli também aderiu à divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux, votando pelo provimento parcial do recurso e afastando a responsabilidade subsidiária da Administração Pública no caso concreto.

Ocorre que, conforme esclarecimento prestado na sessão plenária do dia 30/03/2017, o afastamento da responsabilidade, no caso concreto, deu-se em razão dos documentos juntados pela União nos autos processuais e que estariam aptos a comprovar a efetiva fiscalização contratual. Nesse sentido, afirmou o Ministro que embora presente a documentação, a sentença condenatória fundamentou a responsabilidade subsidiária na afirmação genérica de culpa *in contraendo*, *in eligendo* ou *in vigilando*.

Torna-se possível observar, portanto, que o Ministro Dias Toffoli aderiu à divergência por analisar que no caso concreto paradigma da repercussão geral a União comprovou a efetiva fiscalização.

Já nas discussões sobre o texto da tese de repercussão geral, o seu pensamento, especificamente em relação ao ônus probatório, parece alinhar-se ao da Min. Relatora Rosa Weber (BRASIL, 2017, p. 349):

E 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?
[...]

Eu mesmo acompanhei o Ministro Redator para o acórdão – agora Relator para o acórdão -, o Ministro **Luiz Fux**, divergindo da Ministra Relatora original, Ministra **Rosa Weber**, mas entendendo que é muito difícil ao reclamante fazer a prova de que a fiscalização do agente público não se operou, e que essa prova é uma prova da qual cabe à Administração Pública se desincumbir caso ela seja colocada no polo passivo da reclamação trabalhista, porque, muitas vezes, esse dado, o reclamante não tem.

[...]

Eu estou registrando esse posicionamento no sentido de que a Administração Pública, uma vez acionada, tem que apresentar defesa, porque, muitas vezes, ela simplesmente diz: "Eu não tenho nada a ver com isso" - e tem, ela contratou uma empresa.

Foi taxativo o Ministro ao afirmar que a Administração Pública, ao ser acionada, tem que trazer aos autos elementos de que diligenciou no acompanhamento do contrato. Assim, apesar de acompanhar a divergência em razão da existência de provas da fiscalização no caso concreto, o Ministro deixou expressamente registrado que, em seu entendimento, o ônus da prova cabe à Administração Pública, e não ao reclamante.

Finalizado o julgamento em questão, conclui-se a votação em seis votos a cinco, vencendo a divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux para dar parcial provimento ao recurso interposto e afastar a responsabilidade imputada à União.

A notória ausência de alinhamento dos Ministros ganha destaque quando analisado o voto do Ministro Dias Toffoli: apesar de acompanhar a divergência embasando-se em provas do caso concreto, afirmou expressamente que o encargo probatório caberia ao ente público.

Realizada simples contagem, é possível perceber que seis dos cinco Ministros consignaram caber à Administração tal encargo. Apesar disso, a Suprema Corte preferiu adotar uma tese minimalista, não trazendo na redação final do Tema 246 a problemática envolvendo o encargo probatório.

Como será detalhado nos capítulos seguintes, a ausência de adoção de uma posição concreta e cristalina acerca de ponto processual objetivo, tornou a aplicação da tese de repercussão geral arbitrária e insegura.

3.3. Análise dos Embargos ao RE 760.931/DF

Em face do Acórdão do RE 760.931/DF, foram opostos embargos de declaração pela Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF, pelo Estado de São Paulo e pela União.

Os embargantes alegaram, em síntese, que haveria contradição entre o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993 e a tese firmada em repercussão geral, requerendo a retirada da expressão “automaticamente” da tese aprovada ou o esclarecimento das hipóteses que ensejariam a transferência “não automática” da responsabilidade pelos encargos trabalhistas dos empregados terceirizados ao Estado.

Relator do Acórdão de Embargos, o Ministro Luiz Fux consignou a maior parte de seu voto à discussão a respeito do ônus probatório da fiscalização, em julgamento ocorrido em agosto de 2019 (BRASIL, 2017, p. 368-369):

[...] a corrente majoritária repudiou expressamente qualquer regime que transfira ao poder público o ônus de comprovar que não adotou conduta culposa, comissiva ou omissiva, causadora do resultado danoso aos empregados. Não há que se falar, portanto, em inversão do ônus da prova ou culpa presumida [...] A atribuição do ônus de provar a inexistência de culpa pelo inadimplemento à Administração Pública subverteria, ainda, a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Teceu, ainda, diversas considerações a respeito da prejudicialidade de atribuição do *onus probandi* à Administração, alegando que a existência de prejuízo líquido sistêmico a todos, de contribuintes à trabalhadores.

Alguns de seus argumentos foram o desestímulo à realização de contratações administrativas de forma eficiente, a necessidade de investimentos em órgãos de controle para escrutinar continuamente as contratadas e o alto custo da criação dessas estruturas fiscalizatórias.

Sustentou, por fim, que o regime de culpa presumida poderia incentivar fraudes por parte de contratados e empregados, considerada a facilidade na transferência da responsabilidade por obrigações trabalhistas ao poder público.

Após as considerações acerca do encargo probatório, deu provimento aos embargos interpostos para prestar esclarecimentos, propondo nova redação para a tese de repercussão geral (BRASIL, 2017, p. 374):

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, salvo, em caráter subsidiário e excepcional, quando cabalmente comprovada conduta culposa da Administração causadora de dano ao empregado, vedada em qualquer hipótese a sua responsabilização solidária e a presunção de culpa, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Buscou o Ministro explicitar, em sede de Embargos, que o ônus da prova da não fiscalização caberia ao reclamante, empregado terceirizado. Acompanharam o Relator os Ministros Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Todavia, o voto do Min. Relator, para acolher os embargos, foi vencido pela divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin. O Tribunal, por maioria, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do sintético voto do Ministro Redator que afirmou apenas não estarem preenchidos os pressupostos do cabimento dos embargos de declaração, ou seja, não havia contradição ou obscuridade no Acórdão embargado (BRASIL, 2017 p. 357):

Não se caracteriza obscuridade, pois, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade.

Tal posicionamento foi adotado em razão do risco de reiniciar os debates sobre o tema em sede de embargos, de acordo com o indicado pelo Ministro. Dessa forma, preferiu a Corte rejeitar os embargos e não adentrar em nova discussão no julgamento.

A opção pela adoção de uma tese de repercussão geral minimalista, em tema extremamente controvertido⁸, gerou grande insegurança jurídica e decisões conflitantes no TST e até mesmo dentro de turmas de um mesmo Tribunal Regional, como se demonstrará a seguir.

⁸ Como afirmou a Ministra Cármen Lúcia no decorrer dos debates nos Embargos ao RE 760.931/DF (BRASIL, 2017, p. 343), quase cem mil processos estavam sobrestados aguardando a conclusão do julgamento.

4. IMPACTO DA REPERCUSSÃO GERAL NOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS

4.1. Posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho

Como detalhadamente demonstrado, no julgamento do RE 760.931/DF ocorreram diversas discussões, inclusive em sede de Embargos de Declaração, a respeito da atribuição do ônus probatório relativo à existência ou não de fiscalização dos contratos.

Apesar das discussões, os Ministros da Suprema Corte mantiveram a Tese Repetitiva nos termos citados, sem menção expressa ao ponto processual de maior divergência entre os Tribunais Regionais e dentro do próprio TST – o ônus da prova.

Realizando minuciosa análise da fundamentação dos votos proferidos pelos Ministros do TST nesta espécie de demanda, averiguou Melo (2021) a compreensão do Tribunal por meio de trinta decisões publicadas entre 2017 e 2019, sobre a decisão do RE 760.931.

Em síntese à detalhada pesquisa realizada por Melo (2021), sete⁹ dos vinte e quatro Ministros afirmam expressamente que o STF nada decidiu acerca do encargo probatório, restando silente sobre o tema.

Ademais, possível constatar divergência entre as Turmas do TST na atribuição do ônus probatório nas ações de responsabilização subsidiária. Uma breve análise de Acórdãos proferidos pelo Tribunal é capaz de demonstrar a referida dissonância, posto que em decisão da 3ª Turma, constata-se a distribuição do ônus ao trabalhador; ao revés, a 8ª Turma atribui o encargo ao ente público.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos 13.015/2014 E 13.105/2015 - PROVIMENTO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A potencial violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 encoraja o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Diante da salvaguarda inscrita no art. 71 da Lei nº 8.666/1993, a responsabilidade subjetiva e subsidiária da Administração Pública Direta ou Indireta encontra lastro em caracterizadas ação ou omissão culposa na fiscalização e adoção de medidas preventivas ou sancionatórias ao inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas prestadoras de serviços contratadas (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/1993). **Nos termos da decisão proferida pelo excelso Supremo**

⁹ Ministros Douglas Alencar, José Roberto Freire Pimenta, Breno Medeiros, Hugo Carlos Scheuermann, Kátia Magalhães Arruda, Luiz Philippe Vieira de Mello e Maria Cristina Peduzzi.

Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 760.931, com repercussão geral, o ônus de provar a ausência de fiscalização da execução do contrato pertence ao trabalhador. Assim, tendo em vista a decisão do STF e diante da inexistência de elementos que demonstrem a culpa “in vigilando”, não se cogita de responsabilidade subsidiária do ente público. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR - 11290-91.2014.5.01.0026, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 11/10/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/10/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E DO NCPD - INTEMPESTIVIDADE - ÔBICE AFASTADO Ultrapassado o obstáculo apontado pelo despacho denegatório. Aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 282 da SBDI-1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TST - ÔNUS DA PROVA - JUROS DE MORA 1. O acórdão regional está em harmonia com o entendimento firmado na Súmula nº 331, item V, do TST, uma vez que a responsabilização subsidiária do ente público decorreu do reconhecimento de conduta culposa na fiscalização da empresa prestadora. 2. **Compete à Administração Pública o ônus da prova quanto à fiscalização**, considerando que: (i) a existência de fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante; (ii) a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93) e (iii) não se pode exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou que apresente documentos aos quais não tenha acesso, em atenção ao princípio da aptidão para a prova. Julgados. 3. O E. STF, ao julgar o Tema nº 246 de Repercussão Geral - responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço, RE 760931 -, não fixou tese específica sobre a distribuição do ônus da prova pertinente à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas. 4. A Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da empregadora principal, não se beneficia da limitação dos juros, prevista no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97. Orientação Jurisprudencial nº 382 da SBDI-1. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 646-35.2017.5.10.0802, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 26/06/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/06/2018)

Ocorreu, em razão das decisões conflitantes, manifestação do TST na SDI-1, por meio do julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, no sentido de que o Supremo Tribunal não havia se expressado ou fixado tese quanto ao ônus da prova e que, por esse motivo, a sua fixação seria de incumbência do próprio TST.

Afirmou o Ministro Relator Cláudio Brandão, no citado voto, que o ônus deveria ser da Administração Pública, asseverando, ainda, que “em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246”.

Consta na ementa dos Embargos:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA.

INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. *RATIO DECIDENDI*. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE nº 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese, com repercussão geral: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado **não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento**, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. O exame da *ratio decidendi* da mencionada decisão revela, ainda, que a ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, autoriza a responsabilização do Poder Público. Após o julgamento dos embargos de declaração e tendo sido expressamente rejeitada a proposta de que fossem parcialmente acolhidos para se esclarecer que o ônus da prova desse fato pertencia ao empregado, pode-se concluir que cabe a esta Corte Superior a definição da matéria, diante de sua natureza eminentemente infraconstitucional. Nessa linha, a remansosa e antiga jurisprudência daquele Tribunal: AI 405738 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., julg. em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min. Rosa Weber, 1ª T., julg. em 02/12/2014; ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. em 11/11/2019. Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que **a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permitiu, por conseguinte que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa *in vigilando*.** Por esse fundamento e com base no **dever ordinário de fiscalização** da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, *caput* e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, **é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços.** No caso, o Tribunal Regional consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público são insuficientes à prova de que houve diligência no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia. A Egrégia Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual merece reforma a decisão embargada, a fim de restabelecer o acórdão regional. **Recurso de embargos conhecido e provido.**

Desse modo, restou assentado pelo TST que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi tratada pelo STF. Assim, buscou uniformizar, por meio da Subseção de Dissídios Individuais, o entendimento de que o encargo caberia à Administração Pública.

4.2. Reflexos da Tese de Repercussão Geral no TRT da 20ª Região

Mediante breve análise jurisprudencial, serão expostos os reflexos do RE

760.931 nas decisões proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região – TRT 20. A análise recairá, especificamente, sobre a distribuição do ônus probatório e sobre como os desembargadores interpretam e aplicam a tese de repercussão geral em seus votos.

Foi realizada pesquisa exploratória em dezembro de 2020 para constar a existência ou não dessa divergência no âmbito do Tribunal sergipano. Possuindo duas turmas com quatro desembargadores em cada uma delas: Des. Vilma Amorim, Rita de Cássia Oliveira, Josenildo Carvalho e Thenisson Dória (membros da primeira turma) e Des. Jorge Cardoso, Maria das Graças Melo, João Aurino e Fábio Túlio Ribeiro (membros da segunda turma).

Observou-se, portanto, um conjunto de acórdãos com o seguinte comando no buscador: “Responsabilidade subsidiária. RE 760931”. O intuito dessa busca, além de constatar a divergência em relação à atribuição do *onus probandi* foi a de verificar se havia a utilização do RE 760.931/DF e da citada decisão da SDI-1 do TST nas fundamentações das decisões.

Em observância a voto proferido pela Des. Vilma Amorim, a respeito de imputação da responsabilidade subsidiária a um ente público, é possível constatar que o ônus foi atribuído ao reclamante expressamente em razão do julgamento do RE 760.931.

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO - CULPA IN VIGILANDO - ÔNUS DA PROVA. Considerando o decidido pelo STF no julgamento do RE-760.931, reconhece-se que o ônus de provar que o ente público adotou conduta culposa, comissiva ou omissiva, na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais, incorrendo em culpa *in vigilando*, recai sobre os empregados. No caso vertente, os Acionantes não demonstraram a ausência de fiscalização, ou a sua ineficácia por parte da segunda Acionada, não havendo como lhe imputar a responsabilização subsidiária pelo pagamento dos créditos devidos. Mantém-se a sentença.¹⁰

Desse modo, a interpretação dada pela Des. Vilma Amorim ao julgamento do RE em questão era a de que o Supremo Tribunal assentou que a incumbência de demonstração de culpa seria do trabalhador.

No mesmo sentido, para a Des. Rita de Cássia Oliveira, o STF proferiu decisão expressa, no RE 760.931, a respeito da incumbência probatória ao reclamante nas ações de responsabilização subsidiária da Administração.

¹⁰ RO-0001838-12.2016.5.20.0009. Publicado em 14/08/2020.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA - ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - REFORMA DA SENTENÇA. [...]

Registre-se que o Plenário do STF, em 26/04/2017, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, decidiu, por maioria, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, fixar 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." Confirmou-se, assim, o entendimento já adotado na ADC 16 acima citada, no sentido de impedir a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos. [...] E, esta Relatoria, revendo posicionamento anterior, filia-se ao entendimento presente nas referidas decisões do STF, no sentido de que ônus de comprovar que não houve a devida fiscalização ou que a mesma não foi eficaz recai sobre a parte que alega, sendo necessária a sua demonstração contundente, não se admitindo concluir pela ausência ou precariedade de fiscalização por mera presunção.¹¹

Ainda, no corpo deste mesmo voto, afirma a Des. Rita de Cássia que o já analisado julgado do TST não possui efeito vinculante e que não há razões para segui-lo, visto que contraria uma tese de repercussão geral:

Destaca-se que a SDI-1, E-RR 925-07.2016.5.05.0281, posteriormente, decidiu, em sessão realizada em 12/12/2019, que mesmo não cabendo responsabilização automática da Administração Pública, seria encargo probatório desta demonstrar que houve fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, pelo princípio da "aptidão para a prova" e contra a "prova diabólica", registrando que não fora fixada tese pelo STF em relação ao ônus da prova.

Contudo, ressalta-se que a decisão proferida pelo TST não possui caráter vinculante, cumprindo ainda observar a existência de diversas decisões monocráticas do STF no sentido de ser do reclamante o ônus da prova acerca da precária ou ausente fiscalização na execução do contrato de terceirização de mão de obra firmado por integrante da Administração Pública.

Na análise do Des. Josenildo Carvalho, o ônus da prova da culpa *in vigilando* seria do reclamante, fundamentando sua decisão nos votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux e Rosa Weber no julgamento do RE. Assevera, ainda, ter o STF proferido decisão nesse sentido quanto ao ônus da prova.

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO AJUIZADA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DOS SERVIÇOS. NÃO COMPROVAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ATUAÇÃO FISCALIZATÓRIA DO ENTE PÚBLICO. MANUTENÇÃO DA

¹¹ RO-0000014-88.2020.5.20.0005. Publicado 13/08/2020.

SENTENÇA. Observando-se o decidido pelo E. STF, no Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral, que discutia a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de Empresa Terceirizada, tem-se, in casu, não ter restado comprovada a ausência de fiscalização pela Petrobras junto à Empresa terceirizada, devendo ser mantida a Sentença que neste sentido se posicionou. Recurso Ordinário a que se nega provimento.

[...]

Já quando do Julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, que discutia a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de Empresa Terceirizada, o E. STF, com Voto de desempate do Ministro Alexandre de Moraes, acatou a tese constante no Voto divergente do Ministro Luiz Fux, no sentido de se mostrar claro o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), exonerando o Poder Público da responsabilidade do pagamento das verbas trabalhistas por inadimplência da Empresa prestadora de serviços.

Atente-se que o Ministro Luiz Fux fez referência à Lei n. 9.032/1995, que introduziu o parágrafo 2º ao artigo 71, da Lei de Licitações, Lei n. 8.666/1993, para prever a responsabilidade solidária do Poder Público sobre os encargos previdenciários, aduzindo que “Se quisesse, o legislador teria feito o mesmo em relação aos encargos trabalhistas”, e, “Se não o fez, é porque entende que a administração pública já afere, no momento da licitação, a aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada”.¹²

Ainda na primeira turma do Regional, em Acórdão proferido pelo Des. Thenisson Dória, verifica-se decisão que atribuiu o ônus da prova da efetiva fiscalização à Administração Pública.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. O ônus de provar a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais recai sobre a Administração Pública, beneficiada diretamente pela força de trabalho, e não sobre o empregado, encontrando-se tal entendimento corroborado pela decisão prolatada pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, no dia 12/12/2019, do C. TST. Ausente demonstração nos autos de que a Tomadora de Serviços tenha exigido da empresa contratada, no âmbito do seu dever de fiscalização, documentação apta a comprovar a observância das obrigações trabalhistas, incide o disposto na Súmula 331, V, do C. Tribunal Superior do Trabalho.¹³

Na ementa do Acórdão, há citação da decisão prolatada pela SDI-1, atribuindo o ônus probatório ao ente público. Ainda, no corpo do voto, possível observar menção expressa ao RE 760.931/DF:

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de

¹² RO-0000894-67.2017.5.20.0011. Publicado em 27/07/2020

¹³ RO-0001676-86.20175.20.0007. Publicado 25/08/2020.

Constitucionalidade nº 16, em 24/11/2010, declarou a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre a impossibilidade jurídica de transferência de responsabilidade à Administração Pública de encargos decorrentes do não cumprimento, pelo contratado, de obrigações trabalhistas, fiscais ou comerciais e vedou o automático reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento das obrigações trabalhistas não inadimplidas pela prestadora de serviços, mas também reconheceu a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade subsidiária quando evidenciada sua conduta culposa seja na escolha de empresa prestadora de serviços (culpa *in eligendo*) ou na fiscalização da execução do contrato (culpa *in vigilando*).

Em sentido diverso, em análises e Acórdãos proferidos pela segunda turma do Regional, é possível constatar, em fundamentações dos Des. Jorge Cardoso, Maria das Graças Melo, João Aurino e Fábio Túlio Ribeiro, que o ônus relativo à ausência de culpa *in vigilando/in eligendo* incumbe à Administração Pública. Respectivamente:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - TERCEIRIZAÇÃO - SÚMULA 331 DO TST - Inexistindo nos autos comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, bem como do dever de fiscalização da contratante, impõe-se a manutenção da condenação desta última, na condição de responsável subsidiária, nos termos da Súmula 331 do C. TST.

[...]

Dessa forma, seja porque não se pode provar fato negativo (a falta de fiscalização), mas apenas pode ser provado fato positivo (a existência de fiscalização), seja porque os documentos pelos quais se dá a fiscalização ficam sob a guarda daquela que a realizou (a contratante) e que a tornam mais apta à produção da prova, é que incumbe a esta demonstrar tal ocorrência; e demonstrando-a, por conseguinte, afastar de si a responsabilidade subsidiária.

Ainda, no julgamento do Recurso Extraordinário 760931, foi confirmado o entendimento, adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC) 16, que veda a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação quando houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos. A repercussão geral, conforme inclusive transcrito pela recorrente, limitou-se a reafirmar a tese já explícita na Súmula nº 331 do TST, ao concluir 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”.¹⁴

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DIREITOS TRABALHISTAS DO EMPREGADO – FALTA DE PAGAMENTO POR PARTE DO PRESTADOR DE SERVIÇO. CONFIGURAÇÃO. A beneficiária dos serviços executados pelo empregado de empresa prestadora de serviço é subsidiariamente responsável, na qualidade de tomadora de serviço, pelos débitos trabalhistas não pagos pela contratada, por ter se omitido em proceder à

¹⁴ RO-0001250-60.2015.5.20.0002. Publicado em 17/07/2020.

fiscalização da execução do contrato.¹⁵

DA(S) REPLICAÇÃO(ÕES)(CLT, ART. 893, II E 895, I) ESGRIMIDA(S) CONTRA O ATO DELIBERATIVO(NCPC, ART. 203, §1º.) PREGRESSO QUE SOLUCIONOU LITÍGIO CUJA TRAMITAÇÃO SE DEU SOB O RITO SUMARÍSSIMO

[...] Assim, sem perder de vista o teor do que foi referendado pelo E. STF no julgamento do RE 760.931 (tema de repercussão geral n.º 246), ocasião em que supositivamente se teria atribuído ao(à)(s) hipossuficiente(s) o encargo de provar a falta de fiscalização pelo(a) tomador(a) dos serviços quanto à regularidade da execução do(s) contrato(s) pactuado(s) com esse(a)(s) “provedor(a)(s) de mão de obra”, sublinhe-se que consoante consignado pela Emin. Min. Rosa Weber ao apreciar o AG. REG. na RCL 26252 (aforado com esteio na alegação de afronta à decisão proferida na ADC 16), “[...] 3. Inúmeras (são) as decisões monocráticas desta Corte, exaradas em sede de reclamação, em que (veio de ser) afastada a alegação de afronta à ADC 16, porquanto embasado o julgamento na constatação de culpa da administração pública (...). Note-se que, nesses casos, não se cuidou de responsabilização automática do ente público, tampouco de ofensa ao art. 71, § 1º da Lei n. 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. 4. Limitado a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, no julgamento da ADC 16, não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador - hipóteses, portanto, que não viabilizam o uso do instituto da reclamação com espeque em alegada afronta à ADC 16, conforme já decidido em várias reclamações [...]”¹⁶

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA RECORRENTE

[...] Nesse sentido, e reposicionando meu entendimento no tocante ao ônus da prova da fiscalização, pontuo que, em recente julgamento no processo E-RR-925-07.2016.5.05.0281, em 12/12/2019, a SDI-1 do Colendo TST entendeu que o Excelso STF, ao analisar o Recurso Extraordinário (RE) 760931, em 2017, não fixou balizas a respeito das regras de distribuição do ônus da prova, ficando a definição a cargo do TST. [...] Vale dizer, a questão da fiscalização deve ser examinada caso a caso, observando-se a distribuição do ônus da prova que, nesse caso, é da empresa contratante, seguido o recente entendimento do TST, conforme acima exposto.¹⁷

Como demonstrado, existia, na pesquisa realizada em dezembro de 2020, notória divergência entre os Desembargadores do E. TRT 20 acerca da interpretação dada ao julgamento do RE 760.931/DF, sendo o *onus probandi* da existência ou não de culpa atribuído, majoritariamente, ao trabalhador pela 1ª Turma e ao Poder Público pela 2ª Turma.

Em nova análise, realizada em outubro de 2021, é possível perceber que a

¹⁵ RO-0001118-17.2017.5.20.0007. Publicado em 31/07/2020.

¹⁶ RO-0000005-79.2018.5.20.0011. Publicado em 02/09/2020.

¹⁷ RO-0001881-15.2017.5.20.0008. Publicado em 28/02/2020.

insegurança relativa à distribuição do ônus probatório permanece nas decisões proferidas pelo Tribunal sergipano.

Iniciada a análise por Acórdão proferidos pelos Desembargadores da 1ª Turma, pontua-se que esta continua composta pelos Des. Vilma Amorim, Rita de Cássia Oliveira, Josenildo Carvalho e Thenisson Dória.

Alterando sua interpretação, atualmente decide a Des. Vilma Amorim pela distribuição do ônus probatório à Administração Pública:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - - TERCEIRIZAÇÃO - SÚMULA Nº 331, DO C. TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - CONFIGURAÇÃO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Compete ao contratante, em casos de terceirização, ainda que membro da Administração Pública, direta ou indireta, proceder a uma eficiente fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais, inclusive trabalhistas, fundiárias e sociais, sob pena de incorrer em culpa in vigilando e ser responsabilizado, de forma subsidiária, pelos descumprimentos contratuais da empresa contratada, observando-se que, com relação ao ônus da prova da culpa, este não recai sobre o empregado, com fundamento em uma análise sistêmica da distribuição do ônus probatório em nosso ordenamento jurídico. No caso vertente, o segundo Reclamado não demonstrou a fiscalização do contrato que manteve com a primeira Acionada, ficando evidente a sua culpa in vigilando, pois configurado o descumprimento de obrigações trabalhistas por parte da contratada, impondo-se a manutenção da sentença que o condenou de forma subsidiária.¹⁸

Mantendo o padrão de voto anteriormente verificado, os Desembargadores Rita de Cássia e Josenildo Carvalho continuam atribuindo ao reclamante o encargo de comprovar a existência de culpa do Poder Público pela incorreta fiscalização da empresa terceirizada:

RECURSO ORDINÁRIO DA SEGUNDA RECLAMADA - ENTE PÚBLICO - ÔNUS DA PROVA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Diante do julgamento do RE 760931, necessário reconhecer que o ônus da prova de que o ente público não fiscalizou o contrato de trabalho terceirizado, a determinar a existência de culpa in vigilando, é do reclamante, por força do que dispõe o art. 818 da CLT. Ausente nos autos prova de que o ente público, tomador de serviços, não fiscalizou as obrigações contratuais por parte da empresa contratada, ou que a fiscalização não ocorreu de forma eficaz, não há como lhe impor responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos créditos deferidos ao reclamante, razão porque impõe-se a reforma da Sentença a fim de afastar a responsabilização patrimonial imposta ao Ente Público. Recurso provido.¹⁹

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO AJUIZADA POSTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

¹⁸ RO-0000524-54.2018.5.20.0011. Publicado em 25/08/2021.

¹⁹ RO-0000054-12.2021.5.20.0013. Publicado em 01/07/2021.

TOMADOR DOS SERVIÇOS. NÃO COMPROVAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ATUAÇÃO FISCALIZATÓRIA DO ENTE PÚBLICO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Atentando-se ao Decidido pelo E. STF quando do Julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, ali sendo estabelecido que deverá ser comprovado, caso a caso, a ocorrência da culpa in vigilando por parte do Ente Público, ensejadora de sua responsabilidade subsidiária no pagamento das verbas trabalhistas então inadimplidas pelo Empregador, nesta Decisão não havendo ressalvas, e observando-se, da análise do conjunto probatório, não restar comprovada a ausência de fiscalização por parte do Tomador dos Serviços, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da Empresa Terceirizada em face de seus Empregados contratados, impõe-se a manutenção da Sentença que indeferiu o pleito obreiro. Recurso Ordinário a que se nega provimento.²⁰

Com a mesma interpretação verificada anteriormente, o Des. Thenisson Dória permanece atribuindo à Administração o encargo de comprovar a efetiva fiscalização.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. O ônus de provar a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais recai sobre a administração pública, beneficiada diretamente pela força de trabalho, e não sobre o empregado, tal entendimento corroborado pela decisão prolatada pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, no dia 12/12/2019, do C. TST. Ausente demonstração de que tenha exigido da empresa contratada, no âmbito do seu dever de fiscalização, documentação apta a comprovar a observância de suas obrigações trabalhistas, incide o disposto na Súmula 331, V, do C. Tribunal Superior do Trabalho.²¹

Por sua vez, a 2ª Turma é atualmente composta pelos Des. Jorge Cardoso, Maria das Graças Melo, Fábio Túlio Ribeiro e José Augusto Nascimento – composição alterada em razão da aposentadoria do Des. João Aurino.

Mantiveram os Desembargadores Jorge Cardoso, Maria das Graças Melo e Fábio Túlio Ribeiro a interpretação de que o ônus de demonstrar a efetiva fiscalização incumbe à Administração Pública. Respectivamente:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - TERCEIRIZAÇÃO - SÚMULA 331 DO TST - Inexistindo nos autos comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas, por parte da empresa empregadora para com o reclamante, e inexistindo prova de haver o Município fiscalizado a prestadora de serviços quanto ao cumprimento das obrigações acima para com os seus empregados que lhes prestaram serviços, na condição de terceirizados, impõe-se a manutenção da condenação desta última, na

²⁰ RO-0000187-75.2021.5.20.0006. Publicado em 04/10/2021.

²¹ RO-0001078-64.2019.5.20.0007. Publicado em 09/09/2021.

condição de responsável subsidiária, nos termos da Súmula 331, itens "V" e "VI", do C. TST

[...]

Ainda, no julgamento do Recurso Extraordinário 760931, foi confirmado o entendimento, adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC) 16, que veda a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação quando houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Quanto a essa questão, ainda, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese jurídica, de repercussão geral, correspondente ao Tema nº 246, no sentido 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*".

De seu turno, o TST, por via da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, em várias sessões, decidiu que o STF, ao apreciar o mencionado Tema nº 246 da Repercussão Geral, acima transcrito, não emitiu tese jurídica de efeito vinculante em relação ao ônus da prova; e, diante de tal constatação, concluiu que incumbe à Administração Pública o ônus da prova da fiscalização dos contratos de prestação de serviços por se tratar de fato impeditivo à responsabilização subsidiária, com fundamento no dever ordinário de fiscalização da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, caput e § 1º; e 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78 [...].²²

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. DIREITOS TRABALHISTAS DO EMPREGADO. FALTA DE PAGAMENTO POR PARTE DO PRESTADOR DE SERVIÇO. CONFIGURAÇÃO. O ente público que se beneficia dos serviços executados pelo empregado de empresa prestadora de serviço é subsidiariamente responsável, na qualidade de tomador de serviços, pelos débitos trabalhistas não pagos pela contratada, por ter se omitido em proceder à fiscalização da execução do contrato. Sentença que se confirma.

[...]

Com efeito, após idas e vindas, a SBDI-1 do TST, no processo E-RR 925-07.2016.5.05.0281 (sessão do dia 12/12/2019), manifestou-se no sentido de que o STF, ao decidir a controvérsia relativa à responsabilidade subsidiária, não fixou tese a respeito do ônus probatório da conduta culposa. Restou assentado, ademais, com suporte nos princípios da aptidão para a prova e da distribuição do ônus probatório, que cabe à Administração Pública o ônus da prova da fiscalização do contrato de terceirização firmado entre ela e as empresas prestadoras de serviços. [...]²³

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA RECORRENTE. OCORRÊNCIA DE CULPA NA FISCALIZAÇÃO DA PRESTADORA DE SERVIÇOS. MANUTENÇÃO DO DECISUM. Nos termos da Súmula n.º 331 do TST, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empregadora implica a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da administração pública direta e indireta, desde que hajam participado da relação processual, constem do título executivo judicial e que esteja evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº. 8.666/93. In casu, demonstrado que o ente público não agiu de forma a fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da

²² RO-0000135-55.2021.5.20.0014. Publicado em 27/10/2021.

²³ RO-0000484-92.2020.5.20.0014. Publicado em 27/10/2021.

contratada, encargo que lhe competia, é de manter a sentença que reconheceu sua culpa quanto ao dever de fiscalizar, mantendo-se a responsabilidade subsidiária relativamente às obrigações da primeira reclamada.²⁴

Em relação ao voto analisado do Des. José Augusto Nascimento, novo membro da 2ª Turma, nota-se que há menção expressa à ressalva de seu entendimento pessoal, no sentido de se atribuir o ônus da comprovação de não fiscalização do contrato ao reclamante.

Adota, em observância à colegialidade, o posicionamento majoritário da Turma, atribuindo o ônus ao Poder Público, e adotando como razão de decidir o parecer emitido pelo *Parquet*.

No corpo do referido parecer, afirma o membro do Ministério Público que não restou assentado pelo STF, no julgamento do RE 760.931/DF, a imputação da referida prova ao trabalhador.

RECURSO ORDINÁRIO. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONFIGURAÇÃO. SÚMULA 331 DO TST. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Evidenciada a culpa *in vigilando*, impõe-se a manutenção da sentença a quo, que responsabilizou o ente público, de forma subsidiária, pelas obrigações inadimplidas por parte do empregador. Recurso não provido.

[...]

Ressalvando meu posicionamento pessoal no sentido de que, ao empregado terceirizado caberá comprovar, caso a caso, a ocorrência da culpa *in vigilando* por parte do ente público, ensejadora da responsabilidade subsidiária no pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pelo empregador, curvo-me ao entendimento da maioria desta C. Segunda Turma, em respeito à colegialidade, e adoto, como razões de decidir, o percuciente parecer elaborado pelo Douto Representante do *Parquet*, sob ID 898dac0, *in verbis*:

[...] A bem da verdade, o STF na decisão do REXT 760.931 - tampouco, anteriormente, no julgamento da ADC nº 16 - não imputou prova impossível ao trabalhador, mas ao contrário, deixou nas razões de decidir incumbência à Administração Pública de promover defesa séria, restando ao órgão julgador a análise das provas constantes dos autos para decidir acerca da responsabilização ou não. [...] ²⁵

Mesmo após breve análise, é possível perceber a divergência existente dentro de um mesmo Tribunal Regional e, até mesmo, dentro de uma mesma Turma, a respeito de um dos mais importantes pontos no processo trabalhista: o ônus da prova.

Como pontuado pelos Ministros da Suprema Corte no julgamento da Tese

²⁴ RO-0001759-39.2016.5.20.0007. Publicado em 18/11/2020.

²⁵ RO-0000591-65.2017.5.20.0007. Publicado em 06/09/2021.

246, o encargo é de difícil incumbência para qualquer das partes. No mesmo sentido, aponta Santos (2014) que a distribuição do ônus ao reclamante poderia caracterizar hipótese de fato negativo, ao passo que, como alerta Costa (2018), a distribuição à Administração poderia caracterizar a premissa de culpa presumida por parte do poder público.

Assim, por tornar-se a prova dispendiosa para o Poder Público e quase impossível ao reclamante, as partes raramente se desincumbem do ônus atribuído a si.

Desse modo, a dificuldade de produção da prova atrelada às diversas interpretações extraídas do julgamento do RE 760.931/DF, resulta em um cenário de insegurança, no qual a Administração é ou não é responsabilizada em decorrência do resultado da distribuição processual, no momento em que o Recurso Ordinário é remetido ao E. TRT.

Tomando-se como exemplo a breve análise realizada no Tribunal de Sergipe, nota-se que caso os autos sejam remetidos à 2ª Turma, é provável que a atribuição probatória recaia sobre a Administração. Considerada a dificuldade de demonstração de assídua fiscalização contratual, também se mostra provável a imposição de responsabilização subsidiária.

Por outro lado, caso os autos sejam remetidos à 1ª Turma, a situação mostra-se ainda mais delicada, posto que cada metade do referido grupo se posiciona forma diferente no tocante ao encargo probatório. Assim, provável que o resultado processual dependa, quase unicamente, da composição da Turma no ato de julgamento.

Utilizando-se de interpretações diversas que perpassam por uma mesma decisão proferida em sede de repercussão geral, os desembargadores atribuem o ônus probatório relativo à existência ou não de fiscalização dos contratos a diferentes polos da relação processual.

Assim, mesmo após um julgamento de caráter vinculante pelo STF e de uma decisão uniformizadora exarada pelo TST, a questão apresenta-se com extrema fragilidade. Pela dissonância entre Magistrados e Tribunais, foi o STF instado a se manifestar, novamente, a respeito do tema em questão.

4.3. Tema de Repercussão Geral 1118: Distribuição do ônus da prova para responsabilização de entes públicos nos casos de terceirização

Em meio ao cenário de insegurança jurídica instalado nos Tribunais Trabalhistas, interpôs o Estado de São Paulo o RE 1.298.647/SP, alegando descumprimento da Tese de Repercussão Geral 246 formulada pelo STF.

O Ministro Luiz Fux delimitou a questão controvertida nos autos, explicitando tratar-se da distribuição do ônus da prova para fins de definição da responsabilidade subsidiária do Poder Público.

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

Cumprir delimitar a questão controvertida nos autos, qual seja: legitimidade da transferência ao ente público tomador de serviço do ônus de comprovar a ausência de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados pela empresa contratada, para fins de definição da responsabilidade subsidiária do Poder Público.

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 onus probandi.

Demais disso, a temática revela potencial impacto em outros casos, tendo em vista a multiplicidade de recursos sobre essa específica questão constitucional, como revelam o juízo de admissibilidade do Tribunal Superior do Trabalho, a apontar que “se contam na casa da dezena de milhar” a quantidade de processos com tramitação suspensa por versarem a mesma matéria do presente recurso, além das centenas de julgados desta Suprema Corte, seja no campo unipessoal ou por suas Turmas, no julgamento de reclamações e de recursos extraordinários.

Para além de decisões conflitantes nos Tribunais Regionais e no TST, cabe observar, brevemente, decisões conflitantes entre as Turmas do próprio STF.

A exemplo, afirma o Min. Alexandre de Moraes que a Suprema Corte, no RE 760.931, afastou a hipótese de inversão do ônus da prova em favor do trabalhador;

por sua vez, o Min. Edson Fachin sustenta não ter se fixado regra sobre a distribuição do ônus probatório, no citado julgamento.

“CONSTITUCIONAL, TRABALHISTA E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. VIOLAÇÃO AO QUE DECIDIDO NA ADC 16 E NO RE 760.931 TEMA 246-RG. DECISÃO IMPUGNADA QUE ATRIBUIU RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA À RECLAMANTE SEM A DEMONSTRAÇÃO DE COMPORTAMENTO SISTEMATICAMENTE NEGLIGENTE OU DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO PODER PÚBLICO E O DANO SOFRIDO PELO TRABALHADOR. SUPERADA A AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA DO RECURSO DE REVISTA (ART. 896-A DA CLT) POR ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE COM AS DECISÕES DESTA CORTE SOBRE A TEMÁTICA. RECURSO PROVIDO PARA AFASTAR A RESPONSABILIDADE DA RECORRENTE. (...) 2. **Por ocasião do julgamento do RE 760.931, sob a sistemática da Repercussão Geral, o Plenário desta SUPREMA CORTE afirmou que inexistente responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador.** 3. No caso sob exame, não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente da agravante, tampouco há prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador, a revelar presunção de responsabilidade da reclamante, conclusão não admitida por esta CORTE quando do julgamento da ADC 16. 4. Recurso de agravo ao qual se dá provimento, afastando, desde já, a responsabilidade da parte recorrente.” (Rcl 40.652- AgR, Redator para o Acórdão Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 5/11/2020, grifei)

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. **Quando do julgamento do RE 760.931, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 11.09.2017, não se fixou regra sobre a distribuição do ônus probatório** nas ações que debatem a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em decorrência da *culpa in vigilando* nos contratos de terceirização. **Não destoa desse entendimento acórdão que, ante as peculiaridades do caso concreto, impõe à Administração a prova de diligência.** 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Rcl 35.907-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2019, grifei)

Assim, destaca-se o Tema 1.118 por tratar de questão já debatida na Corte durante o julgamento do Tema 246, palco de diversas discussões e manifestações expressas dos Ministros a respeito do *onus probandi*. Mais de quatro anos após os primeiros debates, os quais foram permeados por decisões conflitantes dos Tribunais Trabalhistas e do próprio STF, será analisado o ponto de maior controvérsia sobre o assunto.

Ainda, merece ser observância o fato de que o reconhecimento da repercussão geral sequer foi unânime entre os Ministros. 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. Ainda por maioria, a Corte 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.

Atualmente, encontra-se o Recurso ainda pendente de julgamento, na fase de ingresso dos *amicus curiae*. Todavia, já decidiu o Relator do RE, Ministro Nunes Marques, pelo não sobrestamento dos processos que tratam da matéria.

Espera-se do referido julgamento clareza a respeito do delineamento da controvérsia e do posicionamento da Corte, a fim de que uma maior segurança jurídica possa, após anos de intensos debates, recair sobre a temática da responsabilização subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Como proclamar um resultado que não nos leve a esse processo de permanente ritornelo?” (BRASIL, 2017, p. 256). Com esse questionamento, iniciou o Ministro Gilmar Mendes a justificativa de seu voto no julgamento do RE 760.931/DF.

O ritornelo, símbolo muito utilizado pelos músicos, refere-se à repetição de algum trecho musical. De acordo com França (2018), estudioso musicista, o verbete seria um diminutivo da palavra *ritorno*, que significa retorno, citando, ainda, que na terminologia italiana, *ritornello* pode significar uma simples repetição indicada por um sinal escrito em uma pauta musical.

A metáfora utilizada pelo Ministro exprime preocupação embasada nas inúmeras discussões realizadas há anos sobre o tema da responsabilização subsidiária da Administração por encargos trabalhistas.

Como demonstrado no presente texto, a questão já havia sido debatida em 2010 na Suprema Corte durante o julgamento da ADC 16, gerado pela aparente divergência entre a Lei 8.666/93 (proibição de oneração à Administração por inadimplemento trabalhista da empresa terceirizada) e a Súmula 331, IV do TST (previsão de possibilidade dessa oneração).

Nessa ocasião, os Ministros votaram por uma aplicação mitigada da Súmula do TST, além de flexibilizar a interpretação do dispositivo legal. Assim, foi sedimentado o entendimento de que a responsabilização subsidiária seria possível desde que fosse comprovada a culpa *in vigilando/in eligendo* do Poder Público.

Contudo, restou uma lacuna no tocante à distribuição do ônus probatório relativo a comprovação dessa culpa estatal: a quem caberia o ônus da prova? Deveria o trabalhador comprovar a ausência de fiscalização ou deveria a Administração apresentar as provas de sua realização?

É inequívoco que a atribuição do encargo a qualquer das partes é de difícil incumbência, posto que ao reclamante constituiria hipótese de prova negativa e à Administração resultaria em grave oneração contratual.

Ante a divergência de julgamento sobre a questão nos tribunais trabalhistas, foi instado o STF, em 2017, a se manifestar novamente sobre o tema no julgamento do RE 760.931/DF. Apesar de diversas discussões sobre os pontos de maior controvérsia entre os Tribunais, limitou-se a Corte a proferir tese de repercussão geral nos mesmos termos do decidido na ADC 16, ou seja, de que a

responsabilidade não pode ser automática, sendo necessária a comprovação de culpa estatal.

Com milhares de processos sobrestados aguardando a finalização do julgamento, o STF o concluiu com a fixação de uma tese inservível, em termos práticos, para sanar – ou ao menos amenizar – a controvérsia existente.

Mediante breve análise jurisprudencial realizada, foi possível perceber a dissonância de Acórdãos emanados do TRT/20, do TST e do próprio STF.

Em observância aos Acórdãos do Tribunal de Sergipe, concluiu-se que a responsabilização ou não do ente público era decidida, quase unicamente, no momento da distribuição processual dos autos do Recurso Ordinário.

No TST, a SDI-1, após grande divergência entre as turmas do Colendo Tribunal, fixou o entendimento de que o STF nada disse a respeito da distribuição probatória e, portanto, cabia a si tal determinação, atribuindo o encargo ao ente público.

Na própria Suprema Corte, como demonstrado, houve divergência de interpretação a respeito da tese proferida. Não havendo consenso entre os Ministros do Supremo Tribunal, sequer pode-se atribuir responsabilidade a Desembargadores e Magistrados de instâncias inferiores pela interpretação divergente realizada do texto da tese.

O cenário de insegurança agravou-se a ponto de reconhecer o STF, em dezembro de 2020, nova repercussão geral ao Tema 1.118 para analisar a distribuição probatória nesse tipo de demanda. Mais de quatro anos após as discussões do Tema 246, encontra-se novamente pendente no Supremo Tribunal demanda a respeito da responsabilização da Administração.

Deste julgamento, espera-se da Suprema Corte um delineamento preciso da controvérsia apresentada, além de uma redação de tese capaz de suprir as lacunas que já causaram danos irreparáveis a reclamantes e entidades públicas. Na ausência de fixação de balizas sólidas, ficará o tema, novamente, em eterno ritornelo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ, em 1 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 30 set 2021.

_____. **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. Brasília, DF, em 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 19 set 2021.

_____. **Lei 5.645**, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Brasília, DF, em 10 de dezembro de 1970. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 19 set 2021.

_____. **Lei 7.102**, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Brasília, DF, em 20 de junho de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm>. Acesso em: 19 set 2021.

_____. **Lei. 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37 da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, em 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 19 set 2021.

_____. **Lei. 14.133**, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF, 1º de abril de 2021. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 19 set 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1318740/PR**. 2ª Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Redator: Min. Og Fernandes. DJE: 05/11/2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 25 set 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 16**. 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. Brasília, DF, novembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em: 19 set 2021.

_____. **Recurso Extraordinário 760931/DF**. Plenário. Relator: Min. Rosa Weber. Redator: Min. Luiz Fux. DJE: 12/09/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>. Acesso em: 29 set 2021.

_____. **Recurso Extraordinário 1298647/SP**. Plenário Virtual. Relator: Min. Nunes Marques. DJE: 11/12/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6048634>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. **RO-0001838-12.2016.5.20.0009**. 1ª Turma. Relatora: Des. Vilma Leite Machado Amorim. DEJT: 19/08/2020. Disponível em: <https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001838-12.2016.5.20.0009/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. **RO-0000014-88.2020.5.20.0005**. 1ª Turma. Relatora: Des. Rita de Cássia Pinheiro de Oliveira. DEJT: 13/08/2020. Disponível em: <https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000014-88.2020.5.20.0005/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. _____. **RO-0000894-67.2017.5.20.0011**. 1ª Turma.
Relator: Des. Josenildo dos Santos Carvalho. DEJT: 27/07/2020. Disponível em:
<https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000894-67.2017.5.20.0011/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. _____. **RO-0001676-86.20175.20.0007**. 1ª Turma.
Relator: Des. Thenisson Santana Dória. DEJT: 25/08/2020. Disponível em:
<https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001676-86.2017.5.20.0007/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. _____. **RO-0001250-60.2015.5.20.0002**. 2ª Turma.
Relator: Des. Jorge Antônio Andrade Cardoso. DEJT: 17/07/2020. Disponível em:
<https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001250-60.2015.5.20.0002/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. _____. **RO-0001118-17.2017.5.20.0007**. 2ª Turma.
Relatora: Des. Maria das Graças Monteiro Melo. DEJT: 31/07/2020. Disponível em:
<https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001118-17.2017.5.20.0007/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. _____. **RO-0000005-79.2018.5.20.0011**. 2ª Turma.
Relator: Des. João Aurino Mendes Brito. DEJT: 02/09/2020. Disponível em:
<https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000005-79.2018.5.20.0011/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. _____. **RO-0001881-15.2017.5.20.0008**. 2ª Turma.
Relator: Des. Fábio Túlio Correia Ribeiro. DEJT: 28/02/2020. Disponível em:
<https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001881-15.2017.5.20.0008/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. _____. **RO-0000524-54.2018.5.20.0011**. 1ª Turma.
Relatora: Des. Vilma Leite Machado Amorim. DEJT: 25/08/2021. Disponível em:

<https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000524-54.2018.5.20.0011/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. _____. **RO-0000054-12.2021.5.20.0013**. 1ª Turma.
Relatora: Des. Rita de Cássia Pinheiro de Oliveira. DEJT: 01/07/2021. Disponível em:
<https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000054-12.2021.5.20.0013/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. _____. **RO-0000187-75.2021.5.20.0006**. 1ª Turma.
Relator: Des. Josenildo dos Santos Carvalho. DEJT: 04/10/2021. Disponível em:
<https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000187-75.2021.5.20.0006/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. _____. **RO-0001078-64.2019.5.20.0007**. 1ª Turma.
Relator: Des. Thenisson Santana Dória. DEJT: 09/09/2021. Disponível em:
<https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001078-64.2019.5.20.0007/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. _____. **RO-0000135-55.2021.5.20.0014**. 2ª Turma.
Relator: Des. Jorge Antônio Andrade Cardoso. DEJT: 27/10/2021. Disponível em:
<https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000135-55.2021.5.20.0014/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. _____. **RO-0000484-92.2020.5.20.0014**. 2ª Turma.
Relatora: Des. Maria das Graças Monteiro Melo. DEJT: 27/10/2021. Disponível em:
<https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000484-92.2020.5.20.0014/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. _____. **RO-0001759-39.2016.5.20.0007**. 2ª Turma.
Relator: Des. Fábio Túlio Correia Ribeiro. DEJT: 18/11/2020. Disponível em:
<https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001759-39.2016.5.20.0007/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. _____. **RO-0000591-65.2017.5.20.0007**. 2ª Turma. Relator: Des. José Augusto do Nascimento. DEJT: 06/09/2021. Disponível em: <https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000591-65.2017.5.20.0007/2>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 256**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256. Acesso em: 19 set 2021.

_____. _____. **Súmula 331**. 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. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331 Acesso em: 19 set 2021.

_____. _____. **RR-0011290-91.2014.5.01.0026**. 3ª Turma. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DEJT: 20/10/2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. _____. **AIRR-000646-35.2017.5.10.0802**. 8ª Turma. Relatora: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. DEJT: 29/06/2018. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 31 out. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

COSTA, Augusto Aragão. **Os reflexos do Recurso Extraordinário 760931 para a terceirização na Administração Pública**. 2018. 78 p. Especialização – Curso de Direito, Faculdade Baiana de Direito, Salvador. 2018. Disponível em: <https://monografias.faculdadebaianadedireito.com.br/tcc/os-reflexos-do-recurso-extraordinario-760931-para-a-terceirizacao-na-administracao-publica> Acesso em:

19 set 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17^a. ed. São Paulo: LTr, 2018.

FRANÇA, Gustavo Rapozeiro. **O ritornelo, a teoria espiral e as metáforas: possíveis associações entre o pensamento de Deleuze e Guattari, e Swanwick**. Revista do Departamento de Educação Musical, Rio de Janeiro/RJ, Vol. 6 n. 9. 2018. Disponível em: <https://www.cp2.g12.br/ojs/index.php/interludio/article/view/1829>. Acesso em: 01 nov. 2021.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 16^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. **A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo**. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n.35, p.13-25, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/dir-35-01-a-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova-trabalhista-e-o-privilegio-do-juiz-na-fixacao-do-sentido-normativo/>. Acesso em: 03 out. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 12^a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 12^a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

MELO, Gabriela Fonseca de. **Formação e aplicação do precedente judicial: a tensão entre o STF e o TST no caso de responsabilidade subsidiária de ente público em relação de terceirização**. 2020. 236 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em:

<https://repositorio.idp.edu.br//handle/123456789/2913>. Acesso em: 17 out. 2021.

RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **IDP - Linha Pesquisa Acadêmica - Terceirização de serviços pela Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book.