

OS EFEITOS DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16 NAS DECISÕES DO TST E A FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Valena Jacob¹

Ivana Soares Feijó²

Resumo: Este artigo tem por objetivo investigar os efeitos da decisão firmada na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 do Supremo Tribunal Federal na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, a qual ratificou a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93. Neste julgamento, consagrou-se a impossibilidade de responsabilização subsidiária automática da Administração Pública ao pagamento de encargos trabalhistas inadimplidos por empresas contratadas – a partir de então, a condenação dos entes públicos só poderia ocorrer mediante a prova de não haver ocorrido a devida fiscalização de seus contratos, ou em virtude de algum vício no processo licitatório. Através da análise de uma série de recursos de revista julgados pelas 8 Turmas do TST no ano de 2016, foi constatada relevante divergência jurisprudencial envolvendo a temática; em razão disso, foram averiguadas as questões centrais que ensejaram esta celeuma, bem como realizadas considerações e críticas em face dos resultados encontrados.

Palavras-chave: Terceirização. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. Fiscalização da Administração Pública. Ônus da prova. Análise jurisprudencial. Tribunal Superior do Trabalho.

Abstract: This article aims to investigate the effects of the decision firmed at the Constitutional Declaratory Action nº 16 of the Federal Supreme Court in the jurisprudence of the Superior Labor Court, in which the constitutionality of the article 71, paragraph 1 of the Law 8.666/93 was ratified. This judgement confirmed the impossibility of an automatic subsidiary liability of the public administration for the payment of labor costs defaulted by contracted companies – from then on, the condemnation of public entities could only occur by proving that there has been no due surveillance of their contracts, or because of some defect in the bidding process. Through the analysis of a series of lawsuits judged by the 8 Chambers in the year of 2016, it was found relevant jurisprudential divergence involving this subject matter; for this reason, the central issues that caused this disagreement were investigated. As well, criticisms and considerations regarding the results found were made.

Keywords: Outsourcing. Constitutional Declaratory Action nº 16. Public administration surveillance. Burden of proof. Jurisprudential analysis. Superior Labor Court.

¹Advogada. Professora da Graduação em Direito e do Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos da UFPA; Doutora e Mestre em Direito pela UFPA. Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia/UFPA. Diretora da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas – ABRAT e da Associação Luso- Brasileira de Juristas do Trabalho - JUTRA. e-mail: valena_jacob@yahoo.com.br

²Advogada. Voluntária da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia da UFPA.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da terceirização consistiu numa estratégia mundialmente utilizada, na qual procurou-se adotar um modelo de empresa horizontalizado, com maior flexibilidade e redução de custos – o chamado modelo *toyotista* de produção. A consequência disto no Brasil, em pleno crescimento econômico foi a total absorção deste modelo, especialmente a partir da década de 1990, o que representou uma verdadeira ruptura no tradicional modelo bilateral das relações de emprego.

Apesar desta nova forma de contratação haver sido gradualmente inserida na legislação brasileira, permitindo pouco a pouco ao setor público e privado a utilização desta forma atípica de trabalho, a terceirização até então ainda não possuía um diploma normativo que fixasse seus contornos – situação que perdurou até o dia 31 de março de 2017, data em que entrou em vigor a Lei 13.429, a qual, ao alterar alguns dispositivos da Lei 6.019/74 (que versa sobre o trabalho temporário), incluiu uma regulamentação geral sobre o fenômeno terceirizante; contudo, isto é assunto a ser tratado noutra oportunidade.

De qualquer maneira, em face da prolongada ausência de lei normatizando o assunto, o Tribunal Superior do Trabalho foi compelido a tomar esta árdua tarefa para si, o que resultou primeiramente na criação da Súmula 256, ainda com um teor bem restrito acerca das possibilidades lícitas de licitação. Aos poucos, a interpretação cada vez mais flexível deste enunciado ensejou seu cancelamento, e a edição da ilustre Súmula 331, em 1993.

No entanto, o item IV da Súmula 331 – tanto em sua redação original quanto após a alteração promovida no ano de 2000 – causou grande celeuma no âmbito da Administração Pública, eis que, enquanto tal item permitia (primeiro englobando genericamente, depois explicitamente) a responsabilização subsidiária da Administração Pública, o Poder Público vinha reiterando a impossibilidade de sua condenação, diante do exposto no art. 71, § 1º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, norma que veda expressamente a automática responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas. Ademais, alegava-se haver um desrespeito à cláusula de reserva de Plenário, contida no art. 97 da Constituição Federal, afirmando-se que o TST havia afastado a incidência daquele artigo sem declarar sua inconstitucionalidade.

Esta grave controvérsia culminou no ajuizamento pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal, em março de 2007, da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, cujo escopo consistia em ratificar a constitucionalidade do mencionado art. 71, § 1º da Lei de Licitações. Expostos os votos dos Ministros e feitos os debates, no dia 24 de novembro de

2010, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, após duas retratações do ministro Cezar Peluso, e vencido, em parte, o ministro Ayres Britto, ratificou a constitucionalidade do artigo em comento.

Isto teve, por óbvia consequência, mais uma alteração da Súmula 331: o item IV passou a reger a responsabilidade das entidades privadas, enquanto a dos entes públicos pelo recém-criado item V, o qual reafirmava, em respeito ao decidido pelo STF, que tal responsabilização não poderia advir automaticamente, em respeito ao art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, mas em razão da efetiva *culpa in vigilando* ou *culpa in elegendo*, a ser verificada em cada caso concreto. Em outras palavras, a partir de então, a Administração Pública só poderia ser condenada mediante prova de não ter fiscalizado devidamente seus contratos, ou em virtude de algum vício no processo licitatório.

Embora esta questão tivesse sido teoricamente pacificada, as controvérsias envolvendo a temática continuam: diante da mesma matéria, as Turmas do Tribunal Superior do Trabalho têm prolatado decisões diametralmente opostas, tendo por base a própria ADC nº 16, bem como Reclamações Constitucionais ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, alegando o descumprimento da norma da Lei de Licitações pelos Tribunais Trabalhistas.

Neste sentido, é imperioso ressaltar que a decisão proferida na ADC 16 está intimamente relacionada ao recente e notório julgamento do RE 760931, com repercussão geral reconhecida, cuja discussão central residia na possibilidade de responsabilização subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas provenientes do inadimplemento de empresa terceirizada contratada. Com o voto de desempate do ministro Alexandre de Moraes, o recurso da União foi parcialmente provido, e a consequência disto foi a efetiva confirmação do entendimento já adotado pelo STF a partir do julgamento da ADC 16. Assim, a redação final da tese de repercussão geral, fixada pelo Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, foi a seguinte:

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.

Feitas estas necessárias considerações, o objetivo deste artigo é analisar os efeitos da decisão firmada na ADC 16 nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho. A fim de delimitar o objeto de pesquisa, foram investigados os Recursos de Revista proferidos pelo TST no ano de 2016 referentes à ADC 16 e às questões controversas sobre a temática, que serão devidamente elucidadas a seguir. Os resultados da pesquisa – os fundamentos jurídicos

contidos nos acórdãos das 8 (oito) turmas do TST – foram sistematizados em gráficos e tabelas, e totalizam 1.267 (hum mil, duzentas e sessenta e sete) decisões.

2. A JURISPRUDÊNCIA DO TST SOBRE A PROVA DA EFETIVA FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. AS DECISÕES CONFLITANTES ENTRE AS TURMAS DO TST NO ANO DE 2016

Conforme mencionado alhures, por conta da ratificação da constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93 através da ADC 16, a Administração Pública já não poderia ser condenada por mera inadimplência dos encargos trabalhistas. Com efeito, sua responsabilização passou a depender da existência de culpa, seja ela na efetiva fiscalização do contrato firmado com a empresa prestadora de serviços (*culpa in vigilando*), ou em virtude de eventual vicissitude ou ainda, por fraude no processo licitatório (*culpa in eligendo*).

Aventados estes pressupostos, é de se pensar que qualquer tipo de querela envolvendo a temática teria sido elucidada. No entanto, isto não condiz com a realidade: em pesquisas realizadas acerca do teor das decisões das 8 (oito) turmas do TST, no ano de 2016, foi constatada considerável divergência jurisprudencial, cuja discrepância coloca em risco valores fundamentais como a segurança jurídica e a dignidade do trabalhador. Isto porque, em apertada síntese, enquanto 6 (seis) turmas entendem que cabe à Administração Pública trazer aos autos provas de que efetivamente fiscalizou o cumprimento do contrato, 2 (duas) turmas vêm defendendo o entendimento essencialmente oposto, imputando tal ônus ao reclamante – em outras palavras, exigindo que o trabalhador de alguma forma comprove que a Administração falhou em sua fiscalização.

Ao todo, foram avaliadas 1.267 (hum mil, duzentas e sessenta e sete) decisões, referentes ao ano de 2016 (de 01/01/2016 a 31/12/2016), sendo tal triagem realizada mês a mês. A análise foi realizada através do *site* do Tribunal Superior do Trabalho, na aba referente às jurisprudências, optando-se pela Consulta Unificada³. Nesta página eletrônica foram preenchidos quatro campos: a) data de julgamento, mês a mês (ex.: no mês de janeiro – de 01/01/2016 a 31/01/2016); b) órgão julgador, equivalente a cada uma das Turmas do TST (1ª Turma, 2ª Turma, 3ª Turma, 4ª Turma, 5ª Turma, 6ª Turma, 7ª Turma e 8ª Turma); c) ementa, preenchida com as palavras-chave “ADC 16” e “ônus da prova”; e d) classe processual, onde a pesquisa se restringiu aos recursos de revista (RR). A tabela abaixo demonstra

³ Página eletrônica disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>>.

quantitativamente o número de decisões encontradas, utilizando-se os critérios supramencionados:

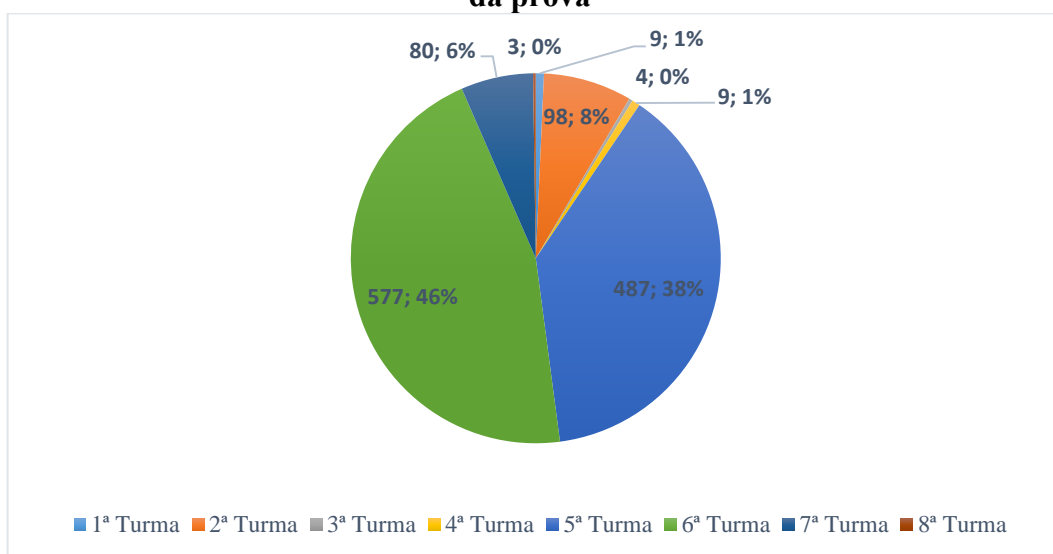
Tabela 1: Quantidade de Recursos de Revista encontrados através de consulta de ementas com as palavras-chave: “ADC 16; ônus da prova”, mês a mês, por órgão julgador:

Meses	1 ^a Turma	2 ^a Turma	3 ^a Turma	4 ^a Turma	5 ^a Turma	6 ^a Turma	7 ^a Turma	8 ^a Turma
Janeiro	0	0	0	0	0	0	0	0
Fevereiro	1	5	0	1	0	57	0	1
Março	0	2	0	0	0	74	3	0
Abril	1	3	0	2	11	83	5	1
Maió	0	7	0	0	65	65	12	0
Junho	4	25	2	1	139	57	5	0
Julho	0	0	0	0	0	0	0	0
Agosto	1	22	1	2	98	93	9	0
Setembro	0	5	0	2	26	46	8	1
Outubro	0	14	0	0	42	32	13	0
Novembro	2	11	1	0	72	43	11	0
Dezembro	0	4	0	1	34	27	14	0
TOTAL	9	98	4	9	487	577	80	3

Fonte: Elaboração própria, 2017.

Nesta esteira, as decisões encontradas estão basicamente divididas em dois grupos: a) Turmas que, ao interpretarem a ADC 16, entendem por imputar à Administração Pública o ônus de comprovar que efetivou a fiscalização do contrato administrativo, de acordo com as normas já tratadas no capítulo anterior – este é o caso da 1^a Turma, 2^a Turma, 3^a Turma, 4^a Turma, 7^a Turma e 8^a Turma; e b) Turmas que, ao interpretarem a ADC 16, entendem pela presunção de legitimidade dos atos administrativos e imputação do ônus da prova à parte que alega desrespeito à lei, sob pena de desconsiderar o teor da supracitada decisão– tal é o caso da 5^a e 6^a Turma.

Gráfico 1: Quantidade anual e porcentagem correspondente de Recursos de Revista em 2016, encontrados através de consulta de ementas com as palavras-chave “ADC 16; ônus da prova”



Fonte: Elaboração própria, 2017.

Por meio da análise do gráfico acima é possível perceber que, em se tratando das decisões encontradas através dos critérios supracitados, 1.064 (hum mil e sessenta e quatro) decisões, ou seja, 84%, ao invés de reconhecerem a plena responsabilidade da Administração Pública em fiscalizar seus contratos e aplicar-lhe a responsabilidade subsidiária, vêm imputando ao reclamante tal responsabilidade. Por conta deste conflito, a seguir, será realizado um estudo das decisões analisando cada um destes grupos.

2.2. ANÁLISE DAS DECISÕES DA 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 7ª E 8ª TURMAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Estas Turmas do TST, nos termos da pesquisa supramencionada, prolataram um total de 203 (duzentas e três) decisões em Recursos de Revista a respeito da temática. Em todas elas, os ministros destacaram que a procedência da ADC 16 não sacramenta a intangibilidade absoluta da Administração Pública pelo descumprimento de direitos trabalhistas dos empregados lesados quando terceiriza serviços, eis que os entes públicos não estão livres do poder-dever legal de fiscalizar a idoneidade da empresa prestadora de serviços. Assim, sua condenação pode estar fundada ou em aspectos fáticos, em que se comprove nos autos a falha no cumprimento das normas trabalhistas, ou na não apresentação de documentos que comprovem o exercício do dever de fiscalizar.

Ressaltou-se que a regra ainda continua ser de que a Administração Pública não poderá ser condenada a cumprir com as obrigações trabalhistas assumidas pela empresa

contratada, até porque, na hipótese de uma terceirização lícita, não existe responsabilidade contratual do Poder Público, haja vista que entre este e o terceirizado não existe, a princípio, relação jurídica. Ademais, assentam que a responsabilidade da Administração, nestes casos, não tem supedâneo no art. 37, § 6º da Constituição Federal – portanto, não é objetiva. Contudo, alega-se que nada obsta que haja a responsabilização extracontratual subjetiva dos entes públicos pela inadimplência destes créditos trabalhistas.

Neste sentido, tal responsabilização subsidiária do ente público é consagrada justamente por sua omissão na fiscalização do contrato administrativo: a *culpa in vigilando*. Nos acórdãos analisados, assevera-se por diversas vezes que a própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução de seus contratos administrativos, inclusive fazendo-se alusão às disposições contidas na Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não⁴.

Além disso, sublinha-se que a fiscalização do cumprimento correto das obrigações trabalhistas coaduna-se com preceitos constitucionais imprescindíveis à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos III e IV), os quais estabelecem como propósito de uma República Democrática, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, eis que enseja a valorização do trabalho humano e assegura a todos uma existência digna (art. 170).

Assim, é válido destacar que tais obrigações trabalhistas, mais do que mera obrigação pecuniária, constituem direitos fundamentais insculpidos no art. 7º da Constituição Federal e que possuem a relevantíssima função de assegurar a vida e subsistência dignas dos trabalhadores prejudicados e suas famílias. Por isso, na escala de valores e direitos em confronto, deve ser-lhes atribuído um peso necessariamente maior que o do interesse público, meramente secundário, em não ser subsidiariamente condenado a pagar por tais débitos trabalhistas. Os valores e princípios consagrados na Constituição Federal, que constituíram o Estado Democrático de Direito, não permitem que o interesse público primário oblique os direitos sociais constitucionais destes trabalhadores, em contrariedade aos preceitos de justiça social e valorização do trabalho, assegurados também pela Constituição cidadã de 1988⁵.

⁴BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-46100-02.2012.5.17.016**. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Órgão Julgador: 1ª Turma. Data de Julgamento: 08 jun. 2016, p. 21-22.

⁵BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-1000330-24.2014.5.02.0255**. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Órgão Julgador: 2ª Turma. Data de Julgamento: 03 ago. 2016, p. 27.

Em situações desta natureza, uma vez verificado no caso concreto o descumprimento de normas referentes ao dever de fiscalização da Administração Pública, estabeleceu-se a diretriz de que o Poder Público não pode cumprir com as obrigações trabalhistas. Neste sentido, os Ministros enfatizam em suas decisões que a primazia pelo escorreito cumprimento do contrato administrativo deve ser demonstrada, desde a realização do processo licitatório até o posterior cumprimento deste, eis que o art. 55 da Lei 8.666/93 estabelece a obrigação do contratado em manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Da mesma forma, os Magistrados trazem à discussão diversas normas contidas na Lei de Licitações, como os arts. 29 a 31, que trazem em seu bojo a necessidade de a empresa contratada ter regularidade fiscal, trabalhista e econômico-financeira, bem como o art. 67, § 1º, que cuida da responsabilidade do gestor em anotar em registro próprio, todas as ocorrências para sanar irregularidades ou defeitos. Desta forma, concluem que a fiscalização consiste no procedimento necessário à perfeita consecução do objeto do contrato, a fim de identificar tempestivamente eventuais irregularidades e superá-las.

Particularmente, a 2ª Turma enfatiza bastante que, uma vez constatado o descumprimento dos direitos trabalhistas por parte da empresa contratada, a Administração Pública possui a obrigação de aplicar sanções como advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitações ou declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, com supedâneo no art. 87, incisos I, II, III e IV da Lei de Licitações. Em casos extremos, aventa-se inclusive a rescisão unilateral do contrato, em conformidade com os arts. 78 e 79 do mesmo diploma⁶.

Ademais, ressalta-se que, diante da presença da *culpa in vigilando*, além dos supracitados artigos da Lei de Licitações, também se aplicam subsidiariamente os arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil – até mesmo para os entes públicos, frise-se – pois tal omissão na fiscalização do contrato administrativo causou danos que devem ser reparados. Assim, a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquilina do ente público também enseja sua condenação⁷.

As Turmas também assentaram expressamentenão competir ao trabalhador suportar o ônus de comprovar a existência da *culpa in vigilando* do ente público. O

⁶BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-59-52.2010.5.04.0211**. Relatora: Ministra Delaíde Miranda Arantes. Órgão Julgador: 2ª Turma. Data de Julgamento: 09 nov. 2016, p. 9-10.

⁷BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-1928-52.2013.5.15.0045**. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Órgão Julgador: 2ª Turma. Data de Julgamento: 30 nov. 2016, p.34.

encargoprocessual de demonstrar que a Administração Pública não cumpriu com seu poder-dever legal de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações atribuídas à empresa contratada não incumbe ao autor, uma vez que configura fato impeditivo à sua consecução, conforme o atual art. 373, inciso II do CPC/2015.

De acordo com o princípio da aptidão para a produção da prova, compete ao tomador de serviços – o ente público – o ônus de demonstrar a esmerada fiscalização do contrato administrativo, inclusive no que atine à quitação das obrigações trabalhistas. Destaca-se, ademais, a posição hipossuficiente que o obreiro ocupa quanto à possibilidade de produção de prova. Portanto, daí decorre a *culpa in vigilando* que autoriza a responsabilização subsidiária.

É imprescindível notar que a fixação da responsabilidade em comento não deriva do mero inadimplemento dos créditos trabalhistas por parte da empresa contratada, sendo mister comprovar a prática do ato omissivo ou comissivo que ensejou a negligência no dever – e não apenas prerrogativa, frisa-se – de fiscalizar e acompanhar a execução dos contratos.

Neste sentido, os Ministros da 1ª, 4ª e 7ª Turmas destacaram caber aos juízes naturais de primeiro e segundo grau de jurisdição aferir, no caso concreto, de acordo com os elementos de convicção produzidos ou, segundo as regras de distribuição do ônus da prova, se houve culpa da entidade tomadora de serviços, apta a ensejar a condenação pela responsabilização subsidiária – obedecidos estes critérios, não há de se falar em afronta à ADC 16, em consonância com o preceituado em diversas reclamações constitucionais⁸.

Com efeito, vários dos acórdãos provenientes das supramencionadas Turmas fazem menção à Reclamações Constitucionais, pois muitos entes públicos, inconformados com a imputação da responsabilização subsidiária pelos juízes e Tribunais, recorreram ao Supremo Tribunal Federal com o intuito de reputar desobediência à Súmula Vinculante 10 e à decisão firmada na ADC 16.

Com relação à 1ª e 4ª Turmas, destacou-se o decidido na Reclamação Constitucional nº 13.272⁹, cuja Relatora foi a Ministra Rosa Weber, na qual sufragou-se o entendimento de que incumbe à Administração Pública o ônus da prova de sua conduta comissiva, tendo em vista as consequentes obrigações contratuais provenientes da terceirização através do processo licitatório. A relatora faz alusão expressa à garantia prevista

⁸BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-500179-87.2012.5.17.0152**. Relator: Ministro Douglas Alencar Rodrigues. Órgão Julgador: 7ª Turma. Data de Julgamento: 28 set. 2016, p. 11.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional Rcl. 13272/MG**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Órgão Julgador: Decisão Monocrática, DJe nº 173. Data de Julgamento: 24 ago. 2012

no art. 56 da Lei nº 8.666/93, de forma que resta patente a inércia do tomador de serviços na fiscalização dos encargos trabalhistas e sociais.

Por sua vez, a 7ª Turma, diferentemente das outras, enfrentou o delicado tema das reclamações constitucionais que diferem dos fundamentos das decisões até então mencionadas, as quais serão tratadas quando da análise das decisões da 5ª e 6ª Turmas. Com efeito, a 7ª Turma reconhece a existência de decisões monocráticas e colegiadas oriundas do Supremo Tribunal Federal que consagram orientações distintas.

Neste sentido, apontou-se a existência de duas vertentes: a primeira, afirmando a absoluta impossibilidade de transferência da responsabilidade subsidiária dos encargos trabalhistas inadimplidos pela Administração Pública, expressa na Reclamação Constitucional nº 21.898¹⁰, cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio; a segunda, assentando a tese de que a motivação exposta nas instâncias ordinárias, sem a indicação de quaisquer elementos ou condutas capazes de justificar a culpa da entidade pública não autorizariam a imputação da responsabilidade subsidiária, por considerar-se isto mero inadimplemento dos encargos trabalhistas pela empresa contratada, conforme registrado na Reclamação Constitucional nº 20.905¹¹, cujo Relator foi o Ministro Teori Zavascki.

Em busca de entender o que seria uma “condenação por simples presunção”, decisões colegiadas como a proferida na Reclamação Constitucional 16.846, cujo Relator foi o Ministro Roberto Barroso, anunciam-na como efeito do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas, quando o Ministro vislumbrar na decisão objeto da reclamação, uma “presunção de culpa”, e não a imputação da responsabilidade subsidiária com base em elementos fático-probatórios que evidenciem a *culpa in vigilando* ou a *culpa in eligendo*.

Uma vez notadamente reconhecido este dissenso jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe ditar, em última *ratio* o sentido e o alcance dos preceitos constitucionais, bem como promover a defesa da autoridade e eficácia de seus julgados, a 7ª Turma do TST decidiu, ao adotar o entendimento supratranscrito acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que o critério a ser adotado em casos

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional Rcl. 21.898/PE**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Data de Julgamento: 19 abr. 2016.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação Constitucional Rcl. 20.905 AgR**. Relator p/ Acórdão: Ministro Teori Zavascki. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de Julgamento: 30 jun. 2015.

desta monta deveria ser consagrado pelo Plenário do Pretório Excelso, e não por decisões colegiadas ou monocráticas¹².

Nesta senda, além dos fundamentos cristalizados no bojo da ADC 16, nortearam-se os ministros pelo Agravo Regimental na Reclamação Constitucional 16.094¹³, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello, pelo fato de que o órgão julgador foi o Tribunal Pleno. Tal julgamento deu-se com a presença de nove ministros, impedida a Ministra Cármen Lúcia e ausente justificadamente o Ministro Marco Aurélio; a questão por maioria absoluta seguiu o voto do Relator, vencido apenas o Ministro Dias Toffoli.

Portanto, apontaram os Ministros da 7ª Turma que tal decisão legitimou os demais órgãos do Poder Judiciário a aplicar corretamente as diretrizes consagradas pela ADC 16, na medida em que a mesma fixou a responsabilização subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas, em situações nas quais reste configurada a responsabilidade subjetiva, seja ela decorrente de *culpa in vigilando*, *in eligendo* ou *in omittendo*. Da mesma forma, o acórdão reforça o dever jurídico das entidades públicas contratantes de melhor selecionar e fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas, sob pena de enriquecimento ilícito do poder público e injusto empobrecimento do trabalhador.

2.3 ANÁLISE DAS DECISÕES DA 5ª E 6ª TURMAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Nos moldes e pressupostos da pesquisa realizada, a 5ª e 6ª Turmas possuem um número demasiadamente elevado de Recursos de Revista encontrados, 1.064 (hum mil e sessenta e quatro) ao total, em muito destoando do número de decisões analisadas no subtópico anterior.

Nos referidos acórdãos, aduz-se que, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei de Licitações, o Supremo Tribunal Federal consolidou o posicionamento de que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, não transfere à Administração Pública, de forma automática, a responsabilidade pelo pagamento do débito consectário. Os Ministros destacam que, na ocasião do julgamento da ADC 16 foi traçada uma regra de conduta a ser observada pelos tribunais do trabalho, os quais devem proceder com mais rigor na investigação acerca da inadimplência da empresa

¹²BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-594-61.2013.5.04.0021**. Relator: Ministro Douglas Alencar Rodrigues. Órgão Julgador: 7ª Turma. Data de Julgamento: 18 mai. 2016, p.11.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação Constitucional Rcl. 16.094 AgR./ES**. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 19 nov. 2014.

contratada, a fim de averiguar se esta teve como principal causa, a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão público contratante¹⁴.

Portanto, a imputação de suposta responsabilização subsidiária à Administração Pública deve ter como pressuposto a existência de conduta culposa do ente público, caracterizada pelo descumprimento de normas de observância obrigatória, seja na escolha da empresa prestadora de serviços (*culpa in eligendo*) ou na fiscalização da execução do contrato (*culpa in vigilando*). Neste diapasão, as Turmas entendem que tal responsabilização somente será possível caso se extraia da decisão do Tribunal Regional, elementos de prova que evidenciem que a Administração Pública deixou de observar o dever de fiscalização dos direitos trabalhistas dos empregados da empresa prestadora de serviços, eis que tal chamamento à responsabilização subsidiária repousa numa responsabilidade subjetiva, e não objetiva.

As Turmas também se utilizam de entendimentos exarados em Reclamações Constitucionais, tal qual a de nº 19.492¹⁵, utilizada pela 5ª Turma, cujo Relator foi o Ministro Dias Toffoli, proposta pelo Município de São Bernardo do Campo, contra o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e o Tribunal Superior do Trabalho. Em decisão monocrática, datada de 23/02/2015, o Ministro entendeu por bem cassar a decisão reclamada, afastando a responsabilidade subsidiária do Município, deixando expressamente consignada a tese de que somente nos casos em que houver expressa comprovação de que os atos administrativos foram praticados em desconformidade com a lei e aptos a interferir no direito pleiteado pelo trabalhador é que o Poder Público poderá ser responsabilizado, no limite de sua culpa.

Igualmente, a 5ª Turma utiliza como precedente a Reclamação Constitucional nº 19.147¹⁶, cuja Relatora foi a Ministra Cármen Lúcia, na qual, em decisão monocrática, assentou que as declarações e informações oficiais de agentes públicos, no exercício de seu ofício têm presunção *juris tantum* de legitimidade – assim, tal presunção relativa deve prevalecer até que surja prova idônea e irrefutável em sentido contrário. Ainda sobre esta decisão, os Ministros destacam que, para que se estabeleça a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em adimplir tais encargos trabalhistas, é imprescindível que haja prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo

¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-138200-73.2007.5.01.0006**. Relator: Ministro Barros Levenhagen. Órgão Julgador: 5ª Turma. Data de Julgamento: 22 jun. 2016, p. 6.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional Rcl. 19.492/SP**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Data de Julgamento: 23 fev. 2015.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional Rcl. 19.147/SP**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Data de Julgamento: 25 fev. 2015.

trabalhador – sem a produção de provas, destarte, subsiste o ato administrativo e não há de se falar na supracitada responsabilidade.

Em relação ao ônus da prova, as Turmas embasam-se nestas e em algumas outras reclamações similares para afirmar que o Supremo Tribunal Federal ainda vem decidindo que a inversão do ônus da prova em favor do empregado, com a consequente responsabilização do ente público, é algo inadmissível, vez que a responsabilidade da Administração Pública deve ser devidamente demonstrada e está delimitada pelas circunstâncias do caso concreto, para que se adeque aos moldes da decisão proferida na ADC 16.

Nesta senda, a 6ª Turma aponta que o Supremo Tribunal Federal, em diversas reclamações constitucionais, vem reiterando o entendimento de que a responsabilidade subsidiária dos entes públicos não deve ser reconhecida com base na distribuição do ônus da prova em desfavor da Administração Pública, eis que seus atos gozam da presunção de legalidade e legitimidade¹⁷.

Citam-se à título de exemplo, o Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação nº 14.579¹⁸, cujo Relator foi o Ministro Luiz Fux, e a Reclamação nº 11.698, de Relatoria do Ministro Ayres Britto. Através do entendimento consolidado nestes instrumentos constitucionais, os Ministros da 6ª Turma destacam que a responsabilidade subsidiária só será admissível quando constarem nos acórdãos impugnados, elementos concretos que demonstrem a omissão culposa da Administração Pública na fiscalização do contrato.

Reitera-se tal entendimento o exposto no Agravo Regimental da Reclamação Constitucional nº 10.829¹⁹, onde em debates travados no julgamento, a Ministra Cármen Lúcia sublinhou que os atos da Administração Pública se presumem plenamente válidos, até que haja prova cabal e taxativa que se evidencie o contrário. Portanto, assentou-se que a responsabilização subsidiária dos entes públicos depende da existência de efetiva prova nos autos de que o ente público não fiscalizou o contrato de terceirização. No mesmo sentido, à luz do atual art. 374, inciso IV do CPC/2015, sublinha-se que tal encargo não cabe ao ente público, eis que não dependem de prova, em cujo favor milita a presunção legal de veracidade.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-2282-80.2013.5.15.0044**. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Órgão Julgador: 6ª Turma. Data de Julgamento: 09 mar. 2016, p. 7.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação Rcl. 14.579 MC-AgR./DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Data de Julgamento: 02 ago. 2013.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação Constitucional Rcl. 10.829 AgR./SE**. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 19 nov. 2014.

Diante do exposto, em acórdãos onde o Tribunal Regional tenha reconhecido a responsabilização subsidiária da Administração Pública, a partir da inversão do ônus probatório – ou seja, concluindo pela falha da Administração em fiscalizar seus contratos diante da falta de comprovação – as Turmas entendem não haver prova suficiente de que o ente público contribuiu de forma culposa para ensejar o dano sofrido pelo empregado, considerando isto uma responsabilização automática da Administração Pública e, por fim, afastando a responsabilização subsidiária, por entender que tal comando destoa do decidido na ADC 16.

Em suma, os Ministros asseveraram que tal ônus é inoponível à Administração Pública, tanto por conta da presunção de legitimidade dos atos administrativos, quanto pela imputação de culpa presumida da entidade tomadora de serviços, considerando isto uma violação aos arts. 818 da CLT; 373, inciso I do CPC/2015 e ao item V da Súmula 331.

2.4. CRÍTICAS E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise dos fundamentos básicos utilizados para respaldar as decisões das 8 (oito) Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, percebemos que o cerne deste verdadeiro imbróglio jurisprudencial reside na forma como os Ministros do Supremo Tribunal Federal interpretam a ADC16 – e isto resta bastante perceptível através do exame dos já mencionados Agravos Regimentais nas Reclamações Constitucionais de nº 10.829 e nº 16.094, cujo o relator de ambas foi o Ministro Celso de Mello e o Órgão Julgador, o Tribunal Pleno. Muito embora a decisão nesses acórdãos tenha sido a de que tal instrumento constitucional não se mostrava cabível para o que as partes recorrentes queriam – verdadeiramente, o reexame do substrato fático probatório que ensejou as decisões recorridas – os debates travados e a fundamentação feita pelo Relator revelam bem o posicionamento dos Ministros.

Em primeiro lugar, em relação ao Agravo Regimental na Reclamação Constitucional nº 16.094, o Ministro Celso de Mello ressaltou que, ao confirmar a plena validade do art. 71 § 1º da Lei 8.666/93, através da ADC 16, o Plenário do STF entendeu juridicamente incompatível com a Constituição, a transferência automática à Administração Pública dos encargos trabalhistas, fiscais, comerciais e previdenciários, resultantes da execução do contrato, na hipótese de inadimplência – o que não implica no impedimento de que, em cada situação concreta, reconheça-se eventual *culpa in vigilando* ou *in eligendo* do Poder Público.

Ademais, o Ministro assinala neste instrumento jurídico, julgado pelo Plenário, que as entidades públicas possuem o dever jurídico de bem selecionar e fiscalizar a idoneidade das empresas que lhe prestam serviços, e que isto não apenas abrange o controle prévio à contratação, mas também o controle concomitante à execução contratual, viabilizador da vigilância efetiva e adequada de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, sob pena de enriquecimento ilícito do Poder Público e justo empobrecimento do trabalhador – situação que não pode ser aceita ou fomentada pelo Poder Judiciário. No mesmo diapasão, o Ministro enfatiza que este entendimento encontra supedâneo em expressivo magistério doutrinário.

Isto posto, as 5ª e 6ª Turmas do TST vêm adotando apenas em parte o entendimento consagrado acima, eis que defendem que os entes públicos possuem o dever jurídico de fiscalizar o cumprimento dos contratos, mas exigem que tal demonstração seja feita pela parte que o argui – ou seja, o reclamante. Aproveitando o ensejo, cabe trazer à presente explanação, a análise feita no bojo do Agravo Regimental na Reclamação Constitucional nº 10.829, a qual traduz perfeitamente o embate travado no STF, que respinga seus efeitos maléficos sobre as decisões do TST.

Em exata discussão sobre a temática, é visível que há Ministros como Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, que defendem a tese da plena legalidade e legitimidade dos atos administrativos – e, ao que parece, é justo o entendimento destes ministros que notadamente embasa as decisões da 5ª e 6ª Turmas, conforme se extrai do excerto abaixo transcrito:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: [...] Trata-se daquele caso de eventual ofensa à ADC nº 16. Eu entendo que tem que estar demonstrada diretamente a culpa da Administração, não basta apenas o dever legal que ela tem de vigiar os contratos. [...]

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente [...] eu partilho da mesma conclusão do Ministro Toffoli. [...] O que não vale para mim, acho que também para o Ministro Toffoli - pelo menos temos partilhado da mesma conclusão -, é a só existência da afirmação: “fica provado”, sem fundamentação. [...] Justiça do Trabalho não pode, desconhecendo o nosso julgamento, presumir o contrário do que é a presunção no Brasil. Os atos da Administração Pública presumem-se válidos até prova cabal e taxativa em contrário.[...]

No entanto, em sentido contrário, defendendo a corrente pró-trabalhador, destacaram-se os Ministros Rosa Weber e Celso de Mello. E, como bem exposto pela referida Ministra é desarrazoado que a presunção de legitimidade dos atos Administrativos se sobreponha à questão do ônus da prova, conforme abaixo transcrito, senão vejamos:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – [...] há um problema sério aqui. Quer dizer, o empregado trabalha, então o Estado se locupleta do trabalho do empregado. A empresa não paga e o Estado não paga; e ele trabalhou, então, de graça.[...]

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, a grande questão debatida no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, em função da orientação imprimida e da constitucionalidade afirmada pelo Supremo com relação ao art. 71 da Lei nº 8.666, é a quem cabe o ônus da prova. Porque seria uma prova perversa, uma prova negativa. Como a faxineira Maria dos Santos comprovará que seu empregador, ente público, não exerceu a fiscalização adequada? O que ela sabe é que não recebeu o salário por um, dois, três, quatro meses e que surgiu um problema.[...]

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Quem provará? Essa é a questão que permanece. De quem é o ônus da prova? A mim parece que o ente público, quando vai se defender em juízo, deve dizer: “Não tenho que pagar nada. A responsabilidade não é minha. Fiscalizei. Está aqui o meu gestor, procedi assim ou assado”.

Por fim, vale ressaltar que, conforme observado pelo Presidente à época, Ministro Ricardo Lewandowski, esta é uma questão que permanece sem resposta:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Essa questão do ônus da prova está em aberto, mas eu também compartilho da visão do Ministro Toffoli, agora complementada pela Ministra Cármen Lúcia e comprovada pelo Ministro Decano, Relator. Quer dizer, em cada caso concreto, verificou-se aqui que não ficou comprovada a culpa da Administração Pública.

Aproveitando a oportunidade para abrir um parêntesis, desejamos mencionar que talvez esta questão referente ao ônus da prova seja resolvida através da apreciação dos argumentos expostos pelos atuais Ministros do STF no julgamento do RE 760931. No entanto, nos pareceu que este assunto foi abordado apenas de forma tangencial na ocasião, não havendo um consenso entre os magistrados e, tampouco, uma orientação geral a respeito. Inclusive, a redação final da tese de repercussão geral nº 246, transcrita alhures, nada menciona acerca do ônus probatório, de forma que a possibilidade de esta temática continuar a causar divergências interpretativas é grande.

Esclarecidos estes pontos, é inevitável tecer críticas ao posicionamento escolhido pela 5ª e 6ª Turmas do TST. A primeira delas é que, nos Recursos de Revista, afirma-se categoricamente que o Supremo Tribunal Federal entende que a responsabilidade subsidiária dos entes públicos não deve ser reconhecida com base da distribuição do ônus da prova em desfavor da Administração Pública, quando isto, na verdade, é um ponto que ainda causa polêmicas e não têm uma resposta definida entre os Ministros do Pretório Excelso.

A segunda crítica é que, havendo tais posicionamentos diametralmente opostos entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal – um defendendo a legitimidade dos atos administrativo, e o outro defendendo a impossibilidade do ônus da prova recair sobre o trabalhador – a 5ª e 6ª Turmas escolheram filiar-se à postura mais maléfica aos direitos intrínsecos ao trabalhador, que efetivamente deveriam ser protegidos pelo Tribunal Superior do Trabalho, sob a alegação de estar seguindo as orientações da Corte Suprema. Poderiam

estas Turmas, em busca da melhor solução da conjuntura, ter feito tal qual a 1ª e, especialmente, a 7ª Turma, que enfrentou o tema com bastante lucidez e responsabilidade, e continuou a zelar pela primazia dos direitos do trabalhador.

No que atine à presunção de legitimidade dos atos administrativos em detrimento da imputação do ônus de comprovar a irregularidade da fiscalização ao obreiro, cabem algumas observações. *In casu*, o que os Ministros como Dias Toffoli e Cármen Lúcia defendem, em último plano, é a supremacia do interesse público (do Poder Público) sobre o privado (do trabalhador). No entanto, cabe-nos lembrar que a dignidade da pessoa humana é o que justifica a existência do Estado, bem como todas as demais normas no ordenamento jurídico. E é justamente por isto que o princípio da supremacia do interesse público assume o dever precípua de prezar pelo pleno respeito à dignidade humana. Portanto, a atuação estatal deve estar sempre à serviço dos valores coletivos, inerentes ao bem-comum do cidadão, e cada situação concreta ser guiada sob a égide dos vetores da proporcionalidade e da razoabilidade.

No mesmo diapasão, Alexandre Mazza²⁰ explica que a expressão “interesse público” pode ser compreendida em dois sentidos diferentes: interesse público primário e interesse público secundário. Criada por Renato Alessi e difundida entre a totalidade dos administrativistas brasileiros, explica-se que o interesse público primário diz respeito ao verdadeiro interesse da coletividade, enquanto que o interesse público secundário diz respeito ao interesse patrimonial do Estado, como pessoa jurídica. Dito isto, é imprescindível frisar: os interesses do Estado não podem coincidir com os deveres da sociedade, e os interesses públicos secundários só terão legitimidade quando forem instrumentais para o atingimento dos primários.

Feitas estas breves considerações, *data vênia*, discordamos do posicionamento adotado pela corrente defensora da presunção de legitimidade dos atos administrativos, pois, diante de todo exposto, sua aplicação nos casos em comento não só fere a dignidade humana, como também visa essencialmente à satisfação do interesse público secundário em detrimento do interesse público primário, além de violar fatalmente princípios basilares do Direito do Trabalho, como o princípio da proteção ao trabalhador, ao não estarem sendo utilizados os critérios de razoabilidade supracitados em relação ao ônus da prova.

²⁰MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 92-93.

Aproveitando o ensejo, José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco²¹ ressaltam que, na criação Código de Processo Civil de 2015, houve uma preocupação especial do legislador em dirigir regras acerca do ônus da prova às partes, eis que a função do Judiciário é a de promover a solução mais justa das demandas. Portanto, consolidou-se que tal instituto teria o papel primordial de propiciar igualdade de tratamento e de oportunidades entre as partes.

Destarte, o CPC/2015, em seu art. 373, *caput*, incisos I e II, §§ 1º e 2º (plenamente aplicáveis ao processo do trabalho por força da Instrução Normativa nº 39, art. 3º, inciso VII do TST), promoveu a teoria da aptidão para a produção da prova, cuja ideia central é a de que deve suportar o encargo probatório quem tiver melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Neste diapasão, se em determinado caso for constatada a excessiva dificuldade de uma parte em produzir prova do fato que afirma a seu favor, denominada *probatiodiabolica*, o ônus da prova recairá à outra parte, que possui melhor capacidade de produzi-la.

E isto foi exatamente o que a Ministra Rosa Weber defendeu em seu voto, no supratranscrito trecho do Agravo Regimental na Reclamação Constitucional nº 10.829: “[...] Como a faxineira Maria dos Santos comprovará que seu empregador, ente público, não exerceu a fiscalização adequada? O que ela sabe é que não recebeu o salário por um, dois, três, quatro meses e que surgiu um problema [...]”. Por este motivo, parece-nos completamente desarrazoada a afirmação de que cabe ao reclamante trazer estas provas ao bojo dos autos, e mais ainda que tal posicionamento seja acatado pela 5ª e 6ª Turmas do TST.

Da mesma forma raciocina José Roberto Freire Pimenta²², que afirma ser apenas do ente público contratante o ônus de alegar e demonstrar, em cada processo trabalhista, que tomou todas as medidas e praticou todos os atos previstos na Lei de Licitações e outras normas regulamentadoras para evitar tal inadimplemento. Aduz, ainda, que o § 1º do art. 840 da CLT, que disciplina os requisitos mínimos e essenciais da peça inicial da reclamação trabalhista, exige apenas que esta contenha uma breve exposição dos fatos de que resulta o dissídio e o pedido, de forma que a exigência de alegação expressa do ente público pelo autor

²¹ MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Amanda Camargo. (A) **inversão do ônus da prova no processo do trabalho**: teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 135-141.

²² PIMENTA, José Roberto Freire. A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 16-DF e a Nova Redação dos Itens IV e V da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista Síntese Direito Administrativo**. São Paulo: SÍNTESE, n. 86, fev. 2013, p. 35-36.

da demanda resta incompatível com o informalismo e a simplicidade que caracterizam o processo do trabalho.

Por fim, cabe ressaltar que esta falta de uniformização jurisprudencial causa um verdadeiro caos nas instâncias superiores, além de colocar em xeque a segurança jurídica, consagrada no art. 5º da Constituição Federal e tida por Ingo Wolfgang Sarlet,²³ como um valor fundamental inviolável de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de autoproclamar-se como um Estado de Direito, cuja falta de eficácia representa um retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

Nesta questão, vale ressaltar que os arts. 926 e 927, incisos I a V CPC/2015 (plenamente aplicável ao processo do trabalho por força da Instrução Normativa nº 39, art. 2º, inciso XXIII) dispõem que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, bem como que os juízes e tribunais devem observar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmula vinculante.

Feitas estas considerações, fazemo-nos a seguinte indagação: como manter a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho estável, íntegra e coerente diante da confusão entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, que apesar de concordarem com o dever da Administração em fiscalizar seus contratos, discordam acerca de a quem cabe o ônus da prova?

Parece-nos que a melhor solução é que a 5ª e 6ª Turmas do TST adequem-se às premissas consolidadas pelas outras turmas – em outras palavras, filiem-se ao entendimento pró-trabalhador ensejado nas discussões entre os Ministros do STF, uma vez que o Pretório Excelso não chegou a uma conclusão acerca disto. Esta seria, do ponto de vista do direito do trabalho e direito processual, a melhor saída para a problemática em questão. E isto poderia ser realizado a partir do disposto no art. 896-C da CLT, com as alterações feitas pela Lei 13.015, de 21 de junho de 2014, *in verbis*:

Art. 896-C. Quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro.** Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017, p. 1-5.

Desta maneira, tal ensejo é possível através do requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada em Dissídios Individuais, que por decisão da maioria simples de seus membros, tendo em vista a clara existência de entendimentos divergentes entre as Turmas do Tribunal do Trabalho. Assim, tal questão seria apreciada pela Seção Especializada, ou mesmo pelo Tribunal Pleno.

Efetivamente realizamos uma pesquisa no *site* do Tribunal Superior do Trabalho²⁴, preenchendo os seguintes campos: a) Data de Julgamento: de 01/01/2016 a 08/05/2017 (data de hoje); b) Órgão Julgador: preenchemos primeiramente com Seção Especializada em Dissídios Individuais, e depois com Tribunal Pleno; e c) Ementa: com “ADC 16 ônus da prova”. No entanto, nenhum resultado foi encontrado. Portanto, conclui-se que este dissenso jurisprudencial ainda ataca as decisões do Tribunal Superior do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-46100-02.2012.5.17.016**. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Órgão Julgador: 1ª Turma. Data de Julgamento: 08 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-1000330-24.2014.5.02.0255**. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Órgão Julgador: 2ª Turma. Data de Julgamento: 03 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-59-52.2010.5.04.0211**. Relatora: Ministra Delaíde Miranda Arantes. Órgão Julgador: 2ª Turma. Data de Julgamento: 09 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-1928-52.2013.5.15.0045**. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Órgão Julgador: 2ª Turma. Data de Julgamento: 30 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-500179-87.2012.5.17.0152**. Relator: Ministro Douglas Alencar Rodrigues. Órgão Julgador: 7ª Turma. Data de Julgamento: 28 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional Rcl. 13272/MG**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Órgão Julgador: Decisão Monocrática, DJe nº 173. Data de Julgamento: 24 ago. 2012.

²⁴Página eletrônica disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional Rcl. 21.898/PE**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Data de Julgamento: 19 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação Constitucional Rcl. 20.905 AgR.** Relator p/ Acórdão: Ministro Teori Zavascki. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de Julgamento: 30 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-594-61.2013.5.04.0021**. Relator: Ministro Douglas Alencar Rodrigues. Órgão Julgador: 7ª Turma. Data de Julgamento: 18 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação Constitucional Rcl. 16.094 AgR./ES**. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 19 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-138200-73.2007.5.01.0006**. Relator: Ministro Barros Levenhagen. Órgão Julgador: 5ª Turma. Data de Julgamento: 22 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional Rcl. 19.492/SP**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Data de Julgamento: 23 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional Rcl. 19.147/SP**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Data de Julgamento: 25 fev. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-2282-80.2013.5.15.0044**. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Órgão Julgador: 6ª Turma. Data de Julgamento: 09 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação Rcl. 14.579 MC-AgR./DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Data de Julgamento: 02 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação Constitucional Rcl. 10.829 AgR./SE**. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 19 nov. 2014.

MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Amanda Camargo. **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho**: teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIMENTA, José Roberto Freire. A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 16-DF e a Nova Redação dos Itens IV e V da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista Síntese Direito Administrativo**. São Paulo: SÍNTESE, n. 86, fev. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro.** Disponível em:
<<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.