

MEDIDA CAUTELAR NA PETIÇÃO 9.038 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S) : PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS
ADV.(A/S) : MAIRA CIRINEU ARAUJO
REQDO.(A/S) : VANDERSON SILVA DOS SANTOS
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
REQDO.(A/S) : MCE ENGENHARIA S.A.
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

DECISÃO

Trata-se de requerimento de tutela provisória de urgência apresentado por Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras, buscando a atribuição de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Os autos revelam o seguinte cenário fático:

Vanderson Silva dos Santos, parte ora requerida, propôs reclamatória trabalhista em face da Petrobras. Alega que trabalhou na empresa reclamada, na condição de empregado terceirizado. Informa que sua empregadora direta (a empresa prestadora de serviços de trabalho temporário) não cumpriu com as obrigações trabalhistas. Assim, pede a responsabilização da empresa tomadora dos serviços, por não ter fiscalizado adequadamente o cumprimento do contrato.

O pedido foi julgado parcialmente procedente em primeira instância. Interposto Recurso Ordinário pela Petrobras, foi desprovido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

Submetida a causa ao Tribunal Superior do Trabalho, por meio de Recurso de Revista, foram mantidas as decisões das instâncias de origem, nos termos da seguinte ementa:

"RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

Há transcendência jurídica quando se constata a oscilação na jurisprudência quanto à distribuição do ônus da prova relativamente ao tema da responsabilidade subsidiária.

Conforme o Pleno do STF (ADC nº 16/DF e Agravo Regimental em Reclamação nº 16.094) e o Pleno do TST (item V da Súmula nº 331), relativamente às obrigações trabalhistas, é vedada a transferência automática, para o ente público tomador de serviços, da responsabilidade da empresa prestadora de serviços; a responsabilidade subsidiária não decorre do mero inadimplemento da empregadora, mas da culpa do ente público no descumprimento das obrigações previstas na Lei nº 8.666/1993.

No voto do Ministro Relator da ADC nº 16, Cezar Peluso, constou a ressalva de que a vedação de transferência consequente e automática de encargos trabalhistas, " não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos ".

O Pleno do STF, em repercussão geral, com efeito vinculante, no RE nº 760931, Redator Designado Ministro Luiz Fux, fixou a seguinte tese: " O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 ".

Nos debates do julgamento do RE nº 760.931, o Pleno do STF deixou claro que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 veda a transferência automática, objetiva, sistemática, e não a transferência fundada na culpa do ente público.

Por disciplina judiciária, a Sexta Turma do TST vinha atribuindo o ônus da prova à parte reclamante.

Inicialmente, a partir da Sessão de Julgamento de 25/3/2015, em observância a conclusões de reclamações constitucionais nas quais o STF afastava a atribuição do ônus da prova contra o ente público.

Depois, levando em conta que nos debates do RE nº 760.931, em princípio, haveria a sinalização de que o STF teria se inclinado pela não aceitação da distribuição do ônus da prova contra o ente público.

Porém, no julgamento de embargos de declaração do RE nº 760.931, a maioria julgadora no STF concluiu pela não inclusão da questão da distribuição do ônus da prova na tese vinculante, ficando consignado que em âmbito de Repercussão Geral foi adotado posicionamento minimalista focado na questão específica da responsabilidade subsidiária do ente público na terceirização de serviços nos termos da Lei nº 8.666/1993.

Não havendo tese vinculante do STF sobre a distribuição do ônus da prova matéria de natureza infraconstitucional, a Sexta Turma do TST retoma a partir da Sessão de 6/11/2019 seu posicionamento originário de que é do ente público o ônus de provar o cumprimento das normas da Lei nº 8.666/1993, ante a sua melhor aptidão para se desincumbir do encargo processual, pois é seu o dever legal de guardar as provas pertinentes, as quais podem ser exigidas tanto na esfera judicial quanto pelos órgãos de fiscalização (a exemplo de tribunais de contas).

O caso concreto não diz respeito a mero inadimplemento, uma vez que o TRT registrou por meio de fundamento autônomo que o ônus da prova seria do ente público.

Logo, a decisão do TRT que reconheceu a responsabilidade subsidiária do ente público com base na distribuição do ônus da prova em seu desfavor está em consonância com a recente jurisprudência desta Sexta Turma. Recurso de revista de que não se conhece" (RR-1000829-46.2016.5.02.0252, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 12/06/2020)."

A Petrobras interpôs RE, ao argumento de que este acórdão ofendeu os arts. 5º, II, 37, XXI, par. 6º, e 97 da Constituição, bem como o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL firmado na ADC 16.

Sustenta que o TST fez prevalecer seu Enunciado 331, contra expressa disposição do art. 71, par. 1º, da Lei 8.666/1993 e jurisprudência pacificada do STF. Sustenta que não cabe sua responsabilização subsidiária pelas obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços, pois não foi comprovada sua culpa. Assevera, por fim, que o TST afastou a referida norma da Lei de Licitações sem declarar sua inconstitucionalidade por meio de seu Órgão Especial, o que desrespeita a Súmula Vinculante 10.

No presente pedido de tutela de urgência, o requerente sustenta que:

a) “(...) o Tribunal Superior do Trabalho, por meio de suas Turmas e de seu Órgão Uniformizador de jurisprudência (a e. SDBI-1), pacificou o entendimento de ser do tomador de serviços o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços.

O entendimento consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho reafirmou a tese da “responsabilidade subsidiária objetiva”, eis que inverteu o ônus da prova como regra, retomando o caminho da responsabilidade subsidiária de forma automática, em contrariedade ao principal aspecto da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal: não pode haver responsabilização subsidiária automática do Ente Público, por mero inadimplemento.”;

b) “Todavia, ao contrário da interpretação dada pelo TST à decisão emanada pela Suprema Corte no RE nº 760.931, fato é que a questão da inversão automática do ônus da prova em favor do trabalhador/reclamante, além de ter sido apreciada, foi rejeitada pelos Ministros do STF.

Mesmo assim, o entendimento pavimentado pelo Tribunal Superior do Trabalho tem sido aplicado irrestritamente por ele e

seus Tribunais Regionais nas ações que versam sobre terceirização da Administração Pública. O que se vê é a consolidação, na Justiça do Trabalho, de entendimento vencido no Supremo Tribunal Federal. ”

c) “é nítida a discordância de entendimentos entre o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal. Enquanto este define que a condenação em responsabilidade subsidiária exige a comprovação cabal da culpa da Administração Pública pelo descumprimento da legislação trabalhista, sendo vedada a inversão do ônus da prova; aquele entende que é do Ente Público tomador de serviços o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços e, em não demonstrando, a responsabilidade recairia sobre ele automaticamente; .”

d) “é evidente a existência de matéria de estatura constitucional, pois a nova tese desenvolvida pelo Tribunal Superior do Trabalho, além de contrariar o que foi definido na ADC nº 16 e no RE nº 760.931, violou de forma direta o art. 102, §2º da Constituição Federal ”

e) “Assim, faz-se necessário formular pedido para a atribuição de efeito suspensivo às decisões do TST baseadas no ônus da prova da Administração Pública, pois o Tribunal Superior do Trabalho, mais uma vez, vem impondo aos jurisdicionados solução judicial em evidente descompasso com aquela proferida pela Suprema Corte, o que contradiz o disposto no art. 102, §2º, da Constituição Federal. Não há alternativa para a Requerente a não ser formular o pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário via tutela provisória de urgência em caráter antecedente (art. 294, parágrafo único, do CPC), pois os efeitos nocivos das inúmeras decisões que diariamente estão sendo replicadas pelo TST estão sendo sentidos não só pela PETROBRAS – que já conta com mais de 500 (quinhentos) processos julgados pela Corte

Trabalhista desde dezembro de 2019 –, mas por todas as pessoas jurídicas de direito público ou privado, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta. .”

Afirma existir risco iminente a seu direito, nos seguintes termos:

“A imediata e irrestrita implantação de tese nitidamente divergente ao posicionamento adotado pelo STF, em processos de conhecimento e, sobretudo, de execução, até então suspensos, sem aguardar o trânsito em julgado ou trâmite de eventual recurso extraordinário, comprometerá significativamente a segurança jurídica do tema, considerando o debate de natureza nitidamente constitucional e a razoável expectativa de reanálise perante esse Eg. STF, provocando injusta expectativa em ambas as partes.

Ademais, sobrevém questão de excepcional interesse social, em razão do significativo impacto econômico da decisão, que poderá envolver todas as pessoas jurídicas de direito público e privado da Administração Pública Direta e Indireta em suas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

Além disso, a despeito de o ordenamento pátrio consagrar a responsabilidade civil do Estado, esta não é ilimitada, a ponto de se engir, em inconcebível absurdo, o ente público como segurador universal, incumbido de a tudo ressarcir ou reparar, em grave dano ao erário.

São milhares de ações em curso sobre esse mesmo tema 12 e o entendimento adotado pelo TST certamente compromete a segurança jurídica do sistema, ainda mais quando pacífica jurisprudência que claramente foi rejeitada pelo STF. É patente o efeito multiplicador de demandas que trará o novo entendimento consolidado do TST.

A interpretação de que o Supremo Tribunal Federal deixou à justiça trabalhista o encargo de definir a atribuição do ônus da prova nas questões relacionadas à responsabilização dos Entes Públicos já está sendo adotada com extrema convicção pelo TST e as empresas da Administração Pública

estão fadadas à condenação mesmo quando, sem jamais ter sido atribuído a elas o ônus probatório, conclui-se que não foram produzidas provas o suficiente para elidir sua culpa.

Somente em processos em que a Petrobras figura como parte, já são cerca de 500 (quinhentas) decisões proferidas - entre dezembro de 2019 e junho de 2020 - onde houve aplicação irrestrita da “nova” tese e que estão à espera de recurso a ser encaminhado ao Supremo. Há uma profusão de condenações baseadas no ônus da prova imputado à Administração Pública pelo TST sem, no entanto, ter havido a possibilidade de o Ente Público ter produzido qualquer prova, o que revela o justo receio de dano irreparável antes mesmo da interposição do recurso extraordinário, autorizando o manejo do presente requerimento em caráter antecedente.

Além disso, como dito linhas atrás, considerando apenas o universo dos recursos aguardando julgamento no TST no final de 2019, em que a PETROBRAS figura como parte e cujo tema é Terceirização, assinala-se que o entendimento irrestrito do TST deve afetar aproximadamente 9.100 (nove mil e cem) processos, com valores estimados na ordem de R\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos milhões de reais), quiçá os demais Entes Públicos, incluindo-se as autarquias e as empresas públicas e sociedades de economia mista, federais, estaduais, distritais e municipais.

Assim sendo, a PETROBRAS busca salvaguardar a segurança jurídica do próprio sistema processual atual. O que se busca, com efeito, é a aplicação racional do Poder Geral de Cautela em escala, a fim de que, em nome da segurança jurídica do tema, não venha a parte interessada sofrer os efeitos de uma multiplicidade de resultados, sem que antes obtenha a esmerada análise da tese constitucional conforme previsto na Lei Processual pátria. “

Assim, “presentes os requisitos ensejadores da tutela provisória, requer-se seja concedida medida liminar, *inaudita altera pars*, para o fim de se atribuir efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário ajuizado,

PET 9038 MC / SP

suspendendo-se, desde já, os efeitos da tese constitucional sufragada na Reclamação Trabalhista nº RR-1000829-46.2016.5.02.0252, julgada pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST (...)”.

É o relatório. Decido.

A tutela de urgência merece ser deferida.

Desnecessário alongar-se sobre a cognoscibilidade do recurso extraordinário, pois tangencia matéria constitucional, cuja repercussão geral já foi certificada por esta CORTE.

Com efeito, conforme mencionado pela ora requerente, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL examinou a questão no RE 760.931, em cujo julgamento se formou a tese de repercussão geral segundo a qual “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

Sobre a plausibilidade do direito, são consistentes os fundamentos da ora requerente, relativamente à possível inobservância da diretriz formada no Tema 246 da repercussão geral, além da potencial ofensa à Súmula Vinculante 10 (*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*).

Nota-se, pois, a relevância dos interesses em jogo, de modo que os argumentos colocados neste requerimento mostram-se robustos.

Diante de todo o exposto, com base no parágrafo único do art. 995 do Código de Processo Civil, DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA, para

PET 9038 MC / SP

suspender os efeitos das decisões proferidas na Reclamação Trabalhista nº RR-1000829-46.2016.5.02.0252.

Comunique-se COM URGÊNCIA ao Tribunal Superior do Trabalho.
Publique-se.

Brasília, 30 de julho de 2020.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Relator

Documento assinado digitalmente

Impresso por: 073.733.574-23 Pet 9038
Em: 31/07/2020 - 15:06:46