

VOZES DA



80 ANOS
DE HISTÓRIA

TST

Terceirização: responsabilidade subsidiária de entes públicos

Min. Amaury Rodrigues



Transcrição do Videocast "Vozes da CLT: 80 Anos de História" - Episódio 10

Link para o vídeo: [Vozes da CLT: 80 anos de história | Episódio 10](#)

Entrevistador Anderson Conrado:

“Olá, seja muito bem-vinda, muito bem-vindo.

Eu sou Anderson Conrado e esse é o *videocast* ‘Vozes da CLT: 80 Anos de História’, um programa produzido pela Secretaria de Comunicação Social do Tribunal Superior do Trabalho. Já aproveito pra te convidar a curtir, compartilhar, comentar também o nosso programa que fica disponível aqui no nosso canal no *YouTube* e em todas as redes sociais do TST. Hoje a gente vai falar sobre terceirização, responsabilidade subsidiária do ente público, adequação da jurisprudência do TST ao tema de repercussão geral 246.

E pra falar sobre esse assunto, eu recebo ele, que é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, a USP, já foi professor e é ministro do Tribunal Superior do Trabalho desde 2021, ministro Amaury Rodrigues. Seja muito bem-vindo ao nosso *videocast*, é um prazer receber o senhor aqui.”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Muito obrigado, Anderson, é uma alegria estar aqui participando do “Vozes da CLT” e falar de um tema tão atual e tão importante para todos aqueles que conhecem ou precisam da justiça do trabalho.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Ministro, antes de aprofundarmos no tema de repercussão geral 246, eu queria perguntar pro senhor, pra responder pra gente o que que é responsabilidade subsidiária?”

Ministro Amaury Rodrigues

“Perfeito.

Essa pergunta é importantíssima. Veja só, responsabilidade subsidiária é um caminho pra garantir maior adimplemento, maior pagamento das verbas trabalhistas. O trabalhador, ele normalmente vai receber do seu empregador. E esse empregador é, digamos assim, o responsável principal pelos créditos trabalhistas desse empregado.

Agora, muitas vezes esse empregador sofre problemas financeiros, problemas... a questão empresarial às vezes não vai tão bem, enfim, ele não paga e acaba ficando sem patrimônio para arcar com as despesas. A responsabilidade subsidiária é uma forma de responsabilizar patrimonialmente quem não é o devedor principal, mas acaba sendo, por assim dizer, um garante. Então responsabilidade subsidiária é isso, é a responsabilização patrimonial de quem não é o empregador pelos créditos do empregado.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“E, ministro, como é que funciona a terceirização no âmbito da administração pública?”

Ministro Amaury Rodrigues:

“A terceirização... o Supremo Tribunal Federal, ele já decidiu a licitude da terceirização independente se ela está inserida na atividade fim ou não. Então hoje a terceirização, ela é largamente admitida, tanto no setor privado quanto no setor da administração pública.

A administração pública aproveita, por meio da terceirização, contrata trabalhadores para limpeza, pra vigilância, motoristas e até mesmo para atividades que não são, digamos assim, permanentes da instituição, mas que são necessárias pro bom desenvolvimento. Então a terceirização, ela é largamente utilizada pela administração pública, lógico, por meio da licitação — raras situações de dispensa de licitação. Geralmente por meio da licitação é contratada uma empresa chamada Empresa Prestadora de Serviços, que é na verdade a empregadora dos trabalhadores e esses trabalhadores prestarão serviços diretamente na administração pública.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Certo, agora a gente entra de fato no tema 246, no tema de repercussão geral 246. Eu queria que o senhor explicasse pra gente do que se trata esse tema e o que o STF firma com essa tese?”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Bom, veja, a jurisprudência da Justiça do Trabalho, ela sempre decidiu pela automática responsabilização subsidiária do tomador de serviços. Essa era a regra geral no âmbito da jurisprudência da Justiça do Trabalho, sempre foi. Significa o seguinte: que quem contrata uma empresa para serviços de terceirização sempre vai responder subsidiariamente pelos créditos dos trabalhadores que lhe prestaram serviços porque se beneficiou desses serviços.

E, portanto, a responsabilidade é automática. A responsabilidade subsidiária, ou seja, a responsabilidade patrimonial secundária, é automática, não depende de culpa, não depende de mais nada. Basta contratar e se beneficiar. Isso valia tanto pro setor privado quanto para o setor público.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal considerou que em relação ao setor público, em relação à administração pública, deveria ser preservado o patrimônio público. E por isso a responsabilidade subsidiária para o ente público não poderia ser objetiva, ou seja, não poderia ser automática. Seria preciso que se demonstrasse a culpa do ente público no inadimplemento, no não pagamento do crédito trabalhista.

Então, enquanto pro setor privado essa responsabilidade é automática, para o setor público, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mudando a jurisprudência até então vigente na Justiça do Trabalho, não poderia mais ser automática. A responsabilização só poderia decorrer de ato culposo do empregador. No tema 246, ainda, e complementando, acrescentou-se que essa culpa não pode ser caracterizada pelo mero inadimplemento.

Ou seja, a culpa do empregador, ente público, porque do ente privado é automática, não precisa de culpa, a culpa do empregador tem que ser demonstrada e não basta dizer 'Ó, o empregador não pagou' porque isso se caracterizaria como uma responsabilidade que a gente chama de responsabilidade objetiva, ou responsabilidade automática, ou responsabilidade sem culpa. Basta o fato objetivo do não pagamento, tá responsabilizado. Isso não pode em se tratando de tomador de serviços, pessoa jurídica de direito público."

Entrevistador Anderson Conrado:

"Seguindo ainda aqui na linha do ente público, né, ministro, quais encargos trabalhistas que podem ser assumidos pelo ente público em relação a esse assunto e o que o órgão público pode fazer em caso de inadimplência da contratada também, se isso acontecer?"

Ministro Amaury Rodrigues:

"Bom, perfeito. Veja, em primeiro lugar... — depois a gente até pode conversar sobre essa questão de como se configura a culpa, se não pode ser só pelo mero inadimplemento, então, como apurar essa culpa? De qualquer forma, uma vez apurada a culpa, ou seja, já ultrapassada a fase da demonstração que justifica a responsabilidade do ente público, é... o ente público responderá por todas as dívidas. Aí já não importa mais se são parcelas salariais, se são parcelas indenizatórias, se são penalizações previstas na CLT pelo inadimplemento, se são indenizações por danos extrapatrimoniais, aí já não importa mais."

Entrevistador Anderson Conrado:

“Tudo fica pro ente público.”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Aí já não importa mais. Uma vez apurada a culpa do ente público, a responsabilidade da administração pública acaba abrangendo todas as parcelas trabalhistas. Multa por atraso no pagamento das rescisórias, por exemplo, eventuais danos extra-patrimoniais devidos ao trabalhador, enfim, todas as parcelas tornam-se de responsabilidade subsidiária do ente público.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“E existe diferença na terceirização, aí, entre o ente público e o ente privado também? Além desse ponto específico.”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Não, veja, a terceirização, ela é equivalente seja pro ente público, seja pro ente privado. O que diferencia entre os dois é a necessidade de provar a culpa do ente público pra que ele responda. Ou seja, o ente privado, ele automaticamente responde por tudo.

Entrevistador Anderson Conrado:

“Sim.”

Ministro Amaury Rodrigues

“E eu acrescento, ainda, para melhor clareza da questão, que em se tratando de acidente do trabalho, a situação é diferente.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Esse é um ponto importante.”

Ministro Amaury Rodrigues

“Exatamente. Se tratando de acidente do trabalho, a responsabilidade passa a ser solidária e, aí sim, independente de culpa, mesmo pro ente público. Então, veja, eu estou falando do inadimplemento de verbas trabalhistas, do não pagamento de verbas trabalhistas. Aí a

responsabilidade do ente público só se faz se houver demonstração de culpa, que é algo que nós podemos conversar depois de como caracterizar essa culpa.

Agora, em se tratando de indenização por doença profissional, por acidentes do trabalho, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, o Supremo ainda não apreciou sob esse enfoque, mas a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que o tomador dos serviços — e aí não importa se é ente público ou se é ente privado — responde solidariamente com o tomador, com o empregador.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Aí entra a responsabilidade solidária.”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Responsabilidade solidária. E aí a culpa já não fica pela fiscalização, aí a culpa funciona da seguinte forma: se a atividade que ocasionou o acidente ou a doença for uma atividade de risco, responsabilidade automática; se não for atividade de risco, é necessário aprovar a culpa, mas a culpa aí é pelo acidente ou pela doença, e não, como no caso da terceirização, que a culpa seria a falta de fiscalização.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Ministro, é um ponto importante, eu queria que o senhor fizesse pra gente a diferenciação entre responsabilidade solidária e a responsabilidade subsidiária. O senhor pode explicar essa diferença para a gente?”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Perfeito. Veja, na responsabilidade solidária, o devedor principal são vários. Entre eles, há solidariedade na dívida. Então, na responsabilidade solidária, não tem um devedor preferencial. Você tem vários que podem pagar a tua dívida e você pode escolher, inclusive, qualquer deles. Você não precisa escolher, entrar contra todos. O trabalhador não precisa entrar contra todos, ele pode entrar contra um deles apenas, ou contra todos, se quiser. Havendo solidariedade, todos eles respondem igualmente como devedores principais.

Na responsabilidade subsidiária, não. Primeiro, é preciso ajuizar uma ação em que o devedor principal participa da relação processual, em que aquele devedor subsidiário deve integrar também essa relação processual e vai responder apenas se o principal não

conseguir pagar. Então, tem uma ordem de preferência na responsabilidade subsidiária. Primeiro, o devedor principal, se ele não pagar, aí, o devedor subsidiário.

Na solidariedade, não. Na responsabilidade solidária, todos são devedores iguais.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“E, ministro, em relação a esse assunto, qual é a importância da fiscalização em todos esses casos?”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Então, a fiscalização é um dever do ente público. Veja, quando nós estamos falando de terceirização de ente privado, eu nem preciso falar de fiscalização, porque ele responde automático e pronto. A responsabilidade é automática. Quando eu estou falando de ente público, em função do tema 246, é preciso provar a culpa.

E como que eu provo a culpa se o próprio Supremo Tribunal Federal disse ‘Essa culpa não pode ser resultado do mero inadimplemento.’? Então, como que eu demonstro essa culpa? Eu só posso demonstrar essa culpa evidenciando que o ente público não cumpriu um dever, não descumpriu um dever previsto na lei. E qual é o dever previsto na lei? É o dever de fiscalizar.

A Lei 8666, ela determina que o ente público não apenas fiscalize, como só pague mediante a comprovação do adimplemento dos créditos dos trabalhadores, não só dos trabalhadores, previdenciários também, ele exige não apenas fiscalização, como prevê a possibilidade de retenção e prevê punições para o prestador de serviços, para a empresa prestadora de serviços, que não cumpre com suas obrigações. Então, o ente público tem o dever de fiscalização e ele tem que provar que cumpriu esse dever.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“E o senhor, como ministro aqui do TST, sente que cada vez mais chegam casos parecidos com esse aqui, na mais alta corte trabalhista?”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Eu vou te dizer que hoje são... Eu não posso dizer que são a maioria. Mas, olha, pelo menos 30% das ações, hoje, na Justiça do Trabalho dizem respeito à terceirização de ente público! Eu nem estou falando de terceirização em geral, se eu for incluir a terceirização em

geral, aumenta esse percentual. Mas em terceirização do ente público, eu poderia dizer que 30% das ações hoje na Justiça do Trabalho envolvem esse tema.

E envolvem, também, essa questão de fiscalização, de culpa. O que caracteriza a culpa? O que não caracteriza a culpa? E eu vou te dizer que esse é um tema tão atual que até o Supremo Tribunal Federal está para decidir de quem é o ônus de provar a culpa. Se é ônus do empregado provar a culpa do ente público ou é ônus do ente público provar que se desencumbiu da sua obrigação.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Ministro, o senhor acabou de falar sobre a questão da fiscalização, né. Como que é feito isso na prática? Explica pra gente.”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Perfeito. Veja, a responsabilidade do ente público só pode ser em função da fiscalização. Por quê? Porque a contratação é feita mediante licitação. Então, aí, não há como se falar em culpa. Já na fiscalização, como eu disse, é um dever do ente público. E como ele faz? Pra começar, ele deve criar uma equipe ou pelo menos um servidor responsável por essa fiscalização. Aí, essa fiscalização, ela é feita como? Ela exige do prestador de serviços a comprovação do pagamento dos salários, a comprovação do recolhimento do FGTS, a comprovação do recolhimento previdenciário.

Inclusive, a Lei 8666, ela estabelece que o ente público pode reter o pagamento do mês para o prestador de serviços se ele não entregar a documentação exigida. Então, veja, ele pode pedir do prestador de serviços a comprovação do recolhimento do FGTS, a comprovação do recolhimento previdenciário, os recibos salariais, os pagamentos salariais realizados, como condição de pagar o valor do mês. Se não apresentar esses documentos, ele pode reter os salários.

Isso, muitas vezes, não acontece por uma questão, digamos assim, política. O ente público diz ‘Olha, você não me apresentou, mas eu vou te pagar. Por quê? Porque se eu não te pagar, você deixa de pagar o salário dos teus empregados que estão aqui prestando serviço. Então, eu vou te pagar, mas você tem que me dar aqui, em dez dias você me dá essa documentação.’ E ele faz esse pagamento. Então, isso caracteriza culpa? Não. Isso aí é uma medida política. ‘Olha, eu estou pagando sem você me dar esses documentos, mas você tem que comprovar esses pagamentos em determinada quantidade de dias’.

Entrevistador Anderson Conrado:

“Isso seria a questão do ônus da prova?”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Não. Essa questão é do dever do ente público e como você desenvolve o dever, o cumprimento desse dever. Aí, vamos supor, não comprovou. No mês seguinte, também, não tá apresentando. Mas você fica num dilema. O ente público, a administração pública fica num dilema. Se eu simplesmente reter, como é que ficam os trabalhadores? Nós ficamos diante de um dilema.

Então, nesse caso, o que o ente público ativo faz? Ele mesmo reter e fazer o pagamento desses trabalhadores. Ele pode rescindir o contrato de terceirização. E ele tem que tomar atitudes. Ele precisa tomar atitudes. Ele não pode ficar inerte. Então, ‘Olha, fiscalizei, eu constatei que não pagam’, mas tá. ‘Só fiscalizei que não pago e fico quieto’. Tá errado. Aí tem culpa.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“E, ministro, como que eram os julgamentos relacionados a esses casos antes do tema de repercussão geral 246?”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Pois é. Antes, toda a Justiça do Trabalho, todos os tribunais regionais e o Tribunal Superior do Trabalho sempre decidiram que a responsabilidade era objetiva, ou seja, pelo simples fato de estar terceirizando e aproveitando a mão de obra, o ente público responderia como é até hoje com o ente privado. Então, era assim que se decidia. Hoje não pode mais ser assim. Depois que o Supremo Tribunal Federal julgou o tema 246, o Tribunal Principal, o juiz na primeira instância, mas principalmente o Tribunal Regional do Trabalho, ele tem o dever de esmiuçar a questão da culpa.

E por que ele tem o dever de esmiuçar a questão da culpa? Porque se ficar aparecendo que a culpa está atrelada ao não cumprimento das obrigações, nós aqui temos que reformar. Então, o TST, ele reforma — e se nós não reformarmos, o Supremo reforma — um número expressivo de decisões dos tribunais regionais que reconhecem a responsabilidade subsidiária do ente público, porque esse reconhecimento não está fundamentado em fatos concretos, em fatos claros. Está associado ao inadimplemento. Quando estiver associado ao inadimplemento, nós temos que mudar essa decisão.

E aí quem perde? Quem perde é o trabalhador, porque o trabalhador fica sem a garantia. Geralmente, essas empresas até desapareceram já. São empresas prestadoras de serviços que não deram certo. E se você não encontrar o patrimônio dos sócios, às vezes você não encontra mais nem os sócios, o empregado não recebe o que tinha direito.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Eu perguntei aqui, ministro, sobre a questão do ônus da prova. Eu queria que o senhor explicasse pra gente, pra quem não sabe, o que é o ônus da prova.”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Perfeito.

Veja só, quem tem que provar? A partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal disse, ‘Olha, tem que provar a culpa e a culpa não pode ficar só no mero inadimplemento’, entrou-se na discussão. Então, tá, tem que provar a culpa.

Mas quem tem a responsabilidade de provar? O que quer dizer ônus da prova? Como a gente fala com um público que não fica só no jurista, eu vou explicar que ônus da prova, na verdade, significa ‘dever de provar’. Quem tem o dever de provar, ou seja, que não provar perde a causa. Isso significa dever de provar. Quem não tem o dever, ganha a causa se não houver prova. Quem tiver o dever de provar, perde a causa se não houver prova.

Então, de quem é o dever de demonstrar a culpa? Seria do empregado? Teoricamente, você diz, ‘Não, mas então, se tem que provar a culpa, o ônus é do trabalhador’. Só que nós estamos falando também de uma obrigação do ente público. Ele tem o dever de fiscalizar. Se eu atribuir ao trabalhador essa culpa, essa responsabilidade de provar, na verdade eu estou atribuindo a ele o que a gente chama de ‘prova diabólica’, ‘prova do impossível’. Por quê? Porque ele não tem os documentos para provar que o ente público é culpado.

Qual é o elemento que ele tem para demonstrar que o ente público não fiscalizou direito? Ele não tem os documentos. Ele não tinha como cobrar do ente público, da fazenda pública, da pessoa jurídica pra quem ele trabalhava. Ele não tem elementos para demonstrar que houve culpa. Então, se chegarmos à conclusão que cabe ao empregado provar a culpa do ente público, nós vamos simplesmente negar a responsabilidade subsidiária, porque ele não tem como provar. Ele não tem elementos.

Já o ente público tem como provar que cumpriu com o seu dever de fiscalização. Então, o Tribunal Superior do Trabalho, baseado nessa perspectiva, nesse enfoque, ele definiu, já,

pela SDI-1, já está definido, que a responsabilidade, que o ônus da prova é do ente público, ou seja, cabe ao ente público provar que cumpriu o seu dever de fiscalização, e não ao empregado provar a culpa do ente público. Certo? Só que essa matéria contém a insurgência do ente público.

Através de recursos extraordinários, tem sido provocada no Supremo Tribunal Federal essa discussão, essa questão a respeito do dever. O ente público diz 'não, não sou eu que tenho que provar, é o empregado que tem que provar a minha culpa'. E ele está discutindo isso, e essa matéria foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal como tema de repercussão geral. Se eu não me engano, é o tema 1118, e de relatoria é do ministro Cássio. Está com o ministro Cássio, ele é o relator, mas o Supremo ainda não decidiu a esse respeito. Não vejo, sinceramente, como chegar a uma conclusão diferente daquela que o Tribunal Superior do Trabalho chegou."

Entrevistador Anderson Conrado:

"Bom, hoje a gente está conversando..., o 'Vozes da CLT' recebe o ministro Amaury Rodrigues, a gente está falando sobre o tema de repercussão geral 246. E eu aproveito para te convidar a curtir, compartilhar, comentar e também se inscrever aqui no nosso canal no *YouTube*.

Ministro, vamos seguir o nosso bate-papo agora, falar um pouco sobre o papel dos sindicatos nessas situações todas que a gente está conversando aqui."

Ministro Amaury Rodrigues:

"Perfeito.

Os sindicatos têm um papel 'relevantíssimo' nessa questão. Por quê? Porque ele vai provocar o ente público, ele pode tomar inclusive medidas judiciais que fazem evidenciar a responsabilidade do ente público.

Então, veja, se a empresa não está pagando ou não paga determinado direito, muitas vezes o ente público não sabe disso, ele pede a documentação, a documentação vem, mas há um direito que não está ali e não tem como ele saber. O sindicato pode, desde logo, dizer 'olha, o adicional noturno não está sendo pago', 'olha, o adicional de insalubridade não está sendo pago', provocar o Ministério Público do Trabalho para entrar com uma ação, ou ele próprio entrar com uma ação civil pública.

Se o empregador começa a atrasar o salário, é o sindicato o primeiro a se manifestar, porque o trabalhador, se ele for reclamar, ele pode ser demitido. Então, muitas vezes ele segura isso, o sindicato representa. O sindicato vai até o ente público e diz 'olha, eles não estão pagando direito', alerta o ente público para o seu dever, ele vai lá no Ministério Público do Trabalho e diz 'olha, faço uma denúncia aqui'. Ele entra com uma ação na Justiça do Trabalho para reter remunerações para pagar determinado direito. Então, o papel do sindicato é ativo e ele é importante nesse momento.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Certo. Ministro, antes de começar a falar sobre a questão de empresas que vão à falência, que simplesmente desaparecem e não cumprem com o seu papel, vou colocar um fato aqui, vamos ver se o senhor consegue me acompanhar. Vamos supor uma empresa grande, essa empresa possui vários contratos, em várias entidades públicas, em vários órgãos públicos. Essa empresa começa a demonstrar problemas em alguns contratos específicos.

Um órgão público em específico pode fazer alguma coisa para que essa empresa não entre como terceirizada nesse órgão público de forma específica ou não?”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Sim, veja só. Entre as punições que podem ser aplicadas, e são inúmeras — pode aplicar multa, dependendo da gravidade do inadimplemento, da falta dessa prestadora de serviços, a penalidade pode ser aplicada. E uma delas, inclusive, é a rescisão do contrato, obviamente, mas também é a vedação de participar de procedimentos licitatórios.

Então essa empresa pode ser impedida de participar de licitações. Aliás, se ela estiver inadimplente com o ente público, ela é proibida de participar de outras licitações. O que pode ocorrer é de uma empresa que quebrou, esses sócios constituírem outra empresa e aí vêm com outro nome completamente diferente para participar de uma licitação.

Se esses sócios... Veja, a proibição de participar de licitação abrange a pessoa jurídica e também as pessoas físicas dos seus sócios. Então ele não vai poder também participar, mesmo com o nome de outra empresa. E se ele estiver fazendo algum tipo de manobra, por exemplo, colocar o nome do filho, ao invés do dele, aí o sindicato pode atuar, pode denunciar. Aí o Ministério Público, se tomar conhecimento, obviamente, pode impugnar. Aí as empresas concorrentes podem impugnar no procedimento de licitação.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Elas podem demonstrar algum caso.”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Podem. Podem impugnar a candidatura de determinada empresa, não tem problema nenhum. Então o que eu quero dizer é o seguinte, quando a punição é a proibição de participar de licitações, a proibição abrange não só a pessoa jurídica, mas também as pessoas físicas dos sócios dessas empresas.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Certo. É importante ressaltar também que essas empresas só prestam o serviço terceirizado através de licitação.”

Ministro Amaury Rodrigues:

“É, veja, quase que todas através de licitação. Por que eu digo quase todas e não todas? Porque eventualmente poderá haver uma justificativa para a contratação sem licitação. Geralmente situações emergenciais, situações de calamidade pública, como por exemplo o que aconteceu no Rio Grande do Sul, pode eventualmente justificar que o governo do estado do Rio Grande do Sul faça uma contratação. Logicamente, devidamente justificada, sem licitação.

Porque o procedimento de licitação é demorado. E eu preciso disso para ontem. E dependendo do valor do contrato, a própria lei de licitações pode dispensar um procedimento, pode permitir uma carta convite, uma outra forma de, digamos assim, de concorrência que não a licitação propriamente dita.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Por isso que é muito importante a questão da fiscalização, né, ministro?”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Muito importante a fiscalização. Imprescindível.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Vamos continuar o nosso bate-papo aqui, ainda falando sobre falência. Se a empresa, nesse caso, declarar falência, não tem nada pra poder pagar o empregado, como é que fica nesse caso, ministro? Quem que arca com isso?”

Ministro Amaury Rodrigues:

“É, veja só, se for declarada responsabilidade subsidiária, não tem problema. O ente público paga, o tomador de serviços paga. O problema da falência em si, primeiro, o procedimento sai da Justiça do Trabalho; se a empresa for falida, se quebrar oficialmente, o procedimento falimentar é feito no juízo cível.

Então ele sai da Justiça do Trabalho, a Justiça do Trabalho só reconhece a dívida, quantifica a dívida e encaminha para o juízo falimentar pra que ele administre o patrimônio da falida e com ela faça, eventualmente, os pagamentos. O grande problema é quando não falir, é quando não há falência, o procedimento de falência, que é um procedimento legal, que é um procedimento judicial.

E o que acontece muitas vezes é que a empresa, em vez de falir — porque na falência o que acontece? O patrimônio dela, existe patrimônio, e o patrimônio dela vai ser utilizado para pagar os credores. Agora, e se a empresa não tem patrimônio nenhum, ela só desaparece? Porque, veja, quando você tem uma empresa prestadora de serviços, qual é o patrimônio que ela precisa ter? O que ela precisa ter?”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Patrimônio humano.”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Humano! O material em si, ela pode alugar uma salinha, alugar o equipamento, ela pode não ter nada dela. Por isso, quando... Vamos supor, o Tribunal Superior do Trabalho faz a licitação, ele faz a licitação para contratar pessoal de limpeza.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Sim.”

Ministro Amaury Rodrigues:

“O que que ele exige? Ele exige garantias.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Sem essas garantias, não entra.”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Sem garantias, nem concorre. Então, ele estabelece que tipo de garantia que eu quero. Eu quero garantia patrimonial, eu quero um valor depositado...”

Entrevistador Anderson Conrado:

“É por isso que essa etapa — desculpa, até, por interromper, ministro — essa etapa da licitação em si, ela é fundamental?”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Ela é fundamental. Ela é fundamental para que você tenha uma empresa séria, uma empresa responsável, e que vá cumprir com os seus deveres. Então, uma outra forma de provar a culpa do ente público, só que aí é muito mais difícil, é provar falha na licitação. Se ele foi falho na licitação, se a licitação foi fraudulenta, se a licitação foi deficitária, já... o ente público já pode ser responsabilizado.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Certo.”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Certo? Então, assim, só que aí o trabalhador teria que provar a falha na licitação. Aí o ônus era dele.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Certo.”

Ministro Amaury Rodrigues:

“E ele teria que ter elementos, a não ser que se tenha se tornado um escândalo, ele não tem como provar que houve falha na licitação. É por isso que eu digo, olha, é difícil dizer que o ônus é do empregado. É difícil dizer que a responsabilidade de provar a culpa é dele, porque ele não tem elementos pra fazer isso.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“E assim, como eu disse no começo e também em alguns momentos, é um tema muito complexo, e o senhor explicou muito bem aqui para a gente, ministro. Gostaria de falar mais alguma coisa sobre o tema de repercussão geral 246?”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Não, eu acho que a gente abordou... as tuas perguntas foram excelentes, abarcaram muitas situações. E eu só ressalto a importância de nós termos uma clara demonstração da falha fiscalizatória porque senão nossas decisões, as decisões, seja do TST, seja do TRT, eles serão cassados pelo Supremo, até mesmo em reclamações. Então é muito importante que nas nossas decisões, e aí eu já estou falando com o juiz, é importante que nas nossas decisões esteja muito bem fundamentado, muito clara, qual é a falha do ente público que justifica essa responsabilidade.

E, infelizmente, se não demonstrar a falha, a nossa decisão em respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal, em respeito à decisão do Supremo Tribunal Federal no tema 246, nós temos que afastar a responsabilidade do ente público. Então, assim, se não existir... o que a empresa pode fazer, o ente público pode fazer para afastar a sua responsabilidade? É anexar um processo dos documentos. Ele precisa apresentar os documentos que comprovaram o recolhimento do FGTS, que comprovaram o pagamento dos salários.

E uma vez juntado esses documentos, aí sim caberá ao trabalhador demonstrar por que que esses documentos não são suficientes. Então perceba que há uma responsabilidade nossa do Poder Judiciário. Primeiro, no detectar essa falha fiscalizatória. Mas uma vez provado que houve fiscalização, a nossa responsabilidade é afastar a responsabilidade do ente público, que no fim e ao cabo também é o dinheiro de todos nós. Não pode ser simplesmente utilizado de forma indevida.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Tá ótimo, ministro. Hoje o Vozes da CLT recebeu o ministro do TST, Amaury Rodrigues. Ministro, uma verdadeira aula que o senhor deu aqui para a gente hoje, um assunto tão complexo, mas o senhor explicou muito bem. Muito obrigado pela participação aqui no ‘Vozes da CLT’.”

Ministro Amaury Rodrigues:

“Obrigado, Anderson. Pra mim foi realmente uma satisfação participar desse momento. É um assunto empolgante, é um assunto importante e é um assunto atual. Nós mesmos esclarecemos aqui que 30% das ações trabalhistas hoje envolvem essa matéria. Então, pra mim foi uma alegria e espero que tenha esclarecido alguns pontos.”

Entrevistador Anderson Conrado:

“Esclareceu, sim, e a alegria toda nossa, viu, ministro? A gente fica por aqui. Muito obrigado pela sua companhia e você pode assistir ao ‘Vozes da CLT’ sempre que quiser aqui no nosso canal no *YouTube*. Até a próxima.”

□ [Música para encerramento]