



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

ACÓRDÃO
(6ª Turma)
GMLBC/lafj/

AGRAVO DE INSTRUMENTO

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO A ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA N.º 331 DO TST.

Reconhecida a transcendência jurídica da controvérsia, bem como demonstrada a divergência jurisprudencial, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento a fim de determinar o processamento do Recurso de Revista.

RECURSO DE REVISTA

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO A ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.467/2017. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ARTIGO 282, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TRANSCENDÊNCIA DA CAUSA NÃO EXAMINADA.

Despiciendo o exame da alegação de nulidade do acórdão recorrido, quando verificada a possibilidade de se decidir o mérito da pretensão recursal em termos favoráveis ao interesse da parte a quem aproveitaria tal declaração. Incidência, na espécie, do disposto no § 2º do artigo 282 do Código de Processo Civil. Deixa-se, por conseguinte, de examinar a transcendência da causa, no particular.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO A ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA N.º 331, V, DO TST. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA

RECONHECIDA. 1. Considerando o recente pronunciamento, pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação que lhe emprestou a Lei n.º 9.032/1995,



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

e a repercussão da tese sufragada sobre a interpretação da legislação que rege o tema da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos créditos trabalhistas dos terceirizados, bem como a existência de decisões conflitantes sobre a matéria, reconhece-se a **transcendência jurídica** da causa (artigo 896-A, § 1º, IV, da CLT). **2.** O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, mediante acórdão publicado no DJe de 09/09/2011, reconheceu a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação que lhe emprestou a Lei n.º 9.032/1995. Na ocasião, a excelsa Corte sufragou tese no sentido de que a mera inadimplência da empresa contratada não justifica a transferência, para a Administração Pública, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos resultantes da relação de emprego havida entre particulares. Ressalvou, todavia, o Supremo Tribunal Federal, que a conduta omissiva da Administração Pública, quanto ao seu poder-dever de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações atribuídas à empresa contratada, rende ensejo ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público. Nesse sentido, o voto condutor lavrado pelo Exmo. Ministro Cezar Peluso, segundo o qual o reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo legal em comento "*não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa*" (fl. 38), sendo certo que "***o mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei***" (fl. 46 – os grifos foram acrescentados). **3.** Nesse exato sentido passou a orientar-se a jurisprudência desta Corte

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1004D7147D307E257D.



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

superior, a partir da edição, pelo Tribunal Pleno, da Resolução n.º 174, de 24/05/2011, de que resultou a inserção do item V na Súmula n.º 331, cujo teor é o seguinte: "*os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada*" (destaques acrescidos). **4.** Atente-se, ainda, para o fato de que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar o Tema n.º 246 de Repercussão Geral, nos autos do RE 760.931 (julgamento concluído no dia 30/3/2017 e acórdão publicado em 12/9/2017), 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*". **5.** Exsurge clara, daí, a conclusão de que, na mesma linha da tese sufragada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, entende o Supremo Tribunal Federal que não há falar em **transferência automática** à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas decorrentes do contrato mantido entre a empresa prestadora de serviços e seus empregados. **6.** O Supremo Tribunal Federal deliberadamente não definiu, na tese de Repercussão Geral fixada no RE n.º 760.931, **a distribuição do ônus da prova**, limitando-se a sufragar o entendimento de que "*o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a*



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

*responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93". 7. Nesse contexto, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte Superior, nos autos do processo n.º TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281, em sessão de julgamento realizada em 12/12/2019, acórdão pendente de publicação, firmou entendimento no sentido de que incumbe ao ente público o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho firmados entre a empresa prestadora dos serviços e seus empregados. Tal entendimento foi reafirmado no âmbito da SBDI-1, em sua composição plena, no julgamento do Processo n.º EEDRR-62-40.2017.5.20.0009, ocorrido em 10/9/2020 (acórdão publicado em 29/10/2020). 8. Num tal contexto, merece reforma a decisão proferida pelo egrégio Tribunal Regional que, examinando a situação concreta dos autos, excluiu a responsabilidade subsidiária do ente público tomador dos serviços, sob o fundamento de que não comprovada nos autos a falha na fiscalização por parte da Administração Pública – ônus que entendeu incumbir à parte autora. Nesse sentido, registrou-se no acórdão prolatado pela Corte de origem que "*Nessa senda, a possibilidade de atribuir a responsabilidade subsidiária à empresa tomadora de serviços que integra o âmbito da Administração Pública em decorrência de inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada ainda existe, devendo-se ressaltar, contudo, **que o ônus de comprovar que não houve a devida fiscalização agora recai sobre a parte que alega**, sendo necessária a sua demonstração cabal, não se admitindo concluir pela ausência de fiscalização por mera presunção ou ausência de documentos. Nesse contexto, diante do posicionamento firmado pelo STF, a quem compete, em última instância no ordenamento pátrio, interpretar a legislação à luz da**



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

*Constituição Federal e por questão de disciplina judiciária, revejo meu anterior entendimento **para reconhecer que o ônus da prova de que o Ente público não fiscalizou o contrato de trabalho terceirizado, a determinar a existência de culpa in vigilando, é do Reclamante**, por força do art. 818 da CLT, que dispõe que "A prova das alegações incumbe à parte que as fizer". (...) In casu, **ausente prova concreta de que o ente público, tomador de serviços, não tenha fiscalizado as obrigações contratuais por parte da empresa contratada, ou que a fiscalização não ocorreu de forma eficaz**, não há como lhe impor responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos créditos deferidos ao Reclamante, devendo a culpa in vigilando estar devidamente demonstrada nos Autos pela parte que alega, não podendo esta ser presumida" (pp. 958/959 do eSIJ – destaques acrescidos). **9.** Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006**, em que é Recorrente **PAULO DE LIRA SANTANA** e Recorrido **MARIMAR S/A** e **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS**.

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região deu provimento ao Recurso Ordinário interposto pela segunda reclamada para, reformando a sentença, excluir da condenação a responsabilidade subsidiária que lhe fora imposta.

O reclamante interpôs Recurso de Revista, esgrimindo com ofensa a dispositivos de lei federal e da Constituição da República, além de contrariedade a súmulas desta Corte superior, bem como com divergência jurisprudencial.

O Recurso de Revista foi admitido apenas em relação ao tema "preliminar de nulidade do acórdão por negativa de prestação jurisdicional".

Ainda inconformado, o reclamante interpôs Agravo de Instrumento, sustentando que seu Recurso de Revista merecia seguimento também quanto ao tópico "responsabilidade subsidiária da administração pública".



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

Cumpre salientar que o Recurso de Revista foi interposto a acórdão publicado na vigência da Lei n.º 13.467/2017.

Foram apresentadas contraminuta e contrarrazões.

Autos não submetidos a parecer da douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

V O T O

AGRAVO DE INSTRUMENTO

I – CONHECIMENTO

Foram preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade.

Conheço do Agravo de Instrumento.

II – MÉRITO

EXAME DA TRANSCENDÊNCIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO.

Considerando o recente pronunciamento, pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação que lhe emprestou a Lei n.º 9.032/1995, e a repercussão da tese sufragada sobre a interpretação da legislação que rege o tema da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos créditos trabalhistas dos terceirizados, bem como a existência de decisões conflitantes sobre a matéria, reconhece-se a **transcendência jurídica** da causa (artigo 896-A, § 1º, IV, da CLT).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A Ex.^{ma} Desembargadora Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região denegou seguimento ao Recurso de Revista interposto pelo reclamante, em relação ao tema "responsabilidade subsidiária", sob os seguintes fundamentos (pp. 1.158/1.159 do eSIJ):

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O Apelante não se conforma com a Decisão da Turma que afastou a responsabilidade subsidiária da Petrobras, por entender



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

que "[...] era da parte autora o ônus de provar a ausência de Fiscalização da Empresa Tomadora de Serviços diante da Comprovação de Descumprimentos de Encargos Trabalhista da Empresa Terceirizada".

Alega violação ao artigo 373, inciso II e §1º, do CPC e contrariedade à Súmula nº 331, item IV, do TST, além de transcrever ementas de TRT's para fins de dissenso pretoriano.

Examino.

Após análise da peça de Revista ingressa nos autos, considerando entender prudente o processamento do Apelo por negativa de prestação jurisdicional, a análise do Recurso, nesse tópico, resta prejudicada, em razão da relação intrínseca da matéria ora suscitada com os desdobramentos da suposta negativa de prestação jurisdicional.

Pugna o reclamante, em suas razões recursais, pela reforma do julgado. Alega que é do ente público o ônus de comprovar que cumpriu corretamente a fiscalização do referido contrato firmado com a empresa prestadora de serviços. Afirma que "*a responsabilidade subsidiária da Petrobrás não depende de comprovação de culpa por parte da empresa, pois o procedimento licitatório utilizado por ela não se subordina à Lei nº 8.666/93*". Esgrime com violação do artigo 373, II, e § 1º, do Código de Processo Civil. Indica contrariedade à Súmula n.º 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. Transcreve arestos para o cotejo de teses.

Ao exame.

Controverte-se nos autos acerca da caracterização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, na condição de tomadora de serviços, em caso de inadimplemento da empresa contratada quanto aos direitos trabalhistas de seus empregados, sob o enfoque dos critérios estabelecidos na Lei n.º 8.666/93, que dispõe sobre licitações e contratos administrativos no âmbito da Administração Pública.

Na presente hipótese, merece reforma a decisão proferida pelo egrégio Tribunal Regional que, examinando a situação concreta dos autos, excluiu a responsabilidade subsidiária do ente público tomador dos serviços, sob o fundamento de que não comprovada nos autos a falha na fiscalização por parte da Administração Pública – ônus que entendeu incumbir à parte autora.



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

Nesse sentido, registrou-se, no acórdão prolatado pelo Tribunal Regional, que "*In casu, **ausente prova concreta de que o ente público, tomador de serviços, não tenha fiscalizado as obrigações contratuais por parte da empresa contratada, ou que a fiscalização não ocorreu de forma eficaz, não há como lhe impor responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos créditos deferidos ao Reclamante, devendo a culpa in vigilando estar devidamente demonstrada nos Autos pela parte que alega, não podendo esta ser presumida**" (p. 959 do eSIJ – destaques acrescidos).*

O segundo aresto transcrito nas razões do Recurso de Revista, à p. 1.134 do eSIJ, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, autoriza o processamento do Recurso de Revista, na medida em que abriga tese divergente da esposada pelo Tribunal Regional, no sentido de que "*recai sobre a Administração Pública direta e indireta o ônus de demonstrar que fiscalizava o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora*".

Ante o exposto, **dou provimento** ao Agravo de Instrumento, por divergência jurisprudencial.

Provido o Agravo de Instrumento, proponho, com apoio no artigo 897, § 7º, da Consolidação das Leis do Trabalho, o julgamento do recurso destrancado na primeira Sessão Ordinária subsequente à publicação da Certidão de Julgamento do presente apelo, reatuando-o como Recurso de Revista e observando-se, daí em diante, o procedimento relativo a este último.

RECURSO DE REVISTA

I – CONHECIMENTO

Observada a cláusula constitucional que resguarda o ato jurídico (processual) perfeito (artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República), o cabimento e a admissibilidade deste Recurso de Revista serão examinados à luz da legislação processual vigente à época da publicação da decisão recorrida.

1 – PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

Foram preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade.

2 – PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ARTIGO 282, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TRANSCENDÊNCIA DA CAUSA NÃO EXAMINADA.

Suscita o reclamante, nas razões de Recurso de Revista, a nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional. Argumenta que o Tribunal Regional, conquanto instado por meio de embargos de declaração, não se pronunciou sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova, bem como sobre a alegação de que o contrato firmado entre as reclamadas previa que a segunda reclamada era responsável pela fiscalização do adimplemento contratual da primeira reclamada e que, no caso de descumprimento, poderia notificar a empresa e, ainda, aplicar as penalidades previstas no contrato. Alega omissão, ainda, quanto à alegação de que há documentos que comprovam que, a despeito do descumprimento das obrigações trabalhistas, a segunda demandada permaneceu enviado "*RM's e liberando o faturamento da empresa terceirizada inadimplente*". Esgrime com violação dos artigos 5º, LIV, e 93, IX, da Constituição da República, 832 da CLT e 489 do Código de Processo Civil.

Ao exame.

Despiciendo o exame da alegação de nulidade da decisão recorrida, quando verificada a possibilidade de se decidir o mérito da pretensão recursal em termos favoráveis ao interesse da parte a quem aproveitaria tal declaração. Incidência, na espécie, do disposto nos artigos 282, § 2º, do Código de Processo Civil e 796, a, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não há falar, por conseguinte, em exame da transcendência da causa, no particular.

Ante o exposto, deixa-se de examinar a nulidade ora suscitada e a transcendência da causa.

EXAME DA TRANSCENDÊNCIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO.

Considerando o recente pronunciamento, pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação que lhe emprestou a Lei n.º 9.032/1995, e a repercussão da tese sufragada sobre a interpretação da legislação que rege o tema da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos créditos trabalhistas dos terceirizados, bem como a existência de decisões conflitantes sobre a matéria, reconhece-se a **transcendência jurídica** da causa (artigo 896-A, § 1º, IV, da CLT).



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região deu provimento ao Recurso Ordinário interposto pela segunda demandada para excluir da condenação a responsabilidade subsidiária que lhe fora imposta em primeira instância. Valeu-se, para tanto, dos seguintes fundamentos (pp. 953/959 do eSIJ):

DA INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA PETROBRAS. DA NECESSÁRIA REFORMA DA SENTENÇA

Insurge-se a Recorrente em face da Decisão originária que a condenou a responder, subsidiariamente, pela quitação dos créditos trabalhistas reconhecidos na presente Reclamatória.

Para tanto, assevera que:

(...) a intenção do recorrido responsabilizar subsidiariamente a PETROBRAS, ente da Administração Pública indireta, pelos débitos trabalhistas de suas prestadoras de serviços, quando houver regular contratação e transcurso do contrato, nada mais é do que, uma forma de burlar a norma constitucional, priorizando o interesse privado em detrimento do interesse público.

Em verdade, ao acatar a tese esposada na exordial, estar-se-ia formando um vínculo empregatício, sem o obrigatório concurso, imputando ao órgão público todos os débitos que coubessem ao real empregador, decorrente da relação laboral, o que não pode prosperar, sob pena de violação a dispositivo constitucional.

Mais adiante, prossegue argumentando de forma contrária ao Julgado de origem:

(...) Frise-se, ainda, que o artigo 173, § 1º, III, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, determina, na regência das licitações pelas Empresas Estatais que exploram atividade econômica, a observância dos princípios da Administração Pública, dentre os quais se destaca a regra do art. 37, XXI, que concretiza, no campo das licitações, os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade e isonomia (arts. 5º e 37, caput).

Prevalecendo a tese do recorrido, estar-se-ia criando um desequilíbrio entre as empresas que participaram da licitação, já que, à vencedora do certame, empresa contratada, seria ofertado benefício não previsto no edital, qual seja, a possibilidade da PETROBRAS ser responsável subsidiária dos débitos trabalhistas por ventura existentes, o que feriria dispositivo de Lei constitucional e infraconstitucional.

Em seguida, alega a Reclamada haver afronta, igualmente, à Lei nº 8.666/93, que em seu artigo 71 dispõe que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato, esclarecendo que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16, afastou a responsabilidade subsidiária presumida, como estabelecia a antiga redação da Súmula nº 331 do C. TST, o que levou esta Corte a alterar tal verbete.

Assevera, ainda, diante da decisão do STF, que:

1º) Os Tribunais Trabalhistas não devem condenar subsidiariamente a Administração Pública pelo inadimplemento das prestadoras contratadas, utilizando como fundamento a inconstitucionalidade do artigo 71 da Lei 8666/93;



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

2º) A condenação subsidiária da Administração Pública não deve ser declarada somente com a simples aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST, mas deve ser fundamentada na comprovação de elementos que explicitam a ausência ou falha de fiscalização junto à empresa contratada;

3º) Estabeleceu-se, uma inversão no ônus da prova, circunstância que obrigará o empregado a provar que o órgão da Administração atuou culposamente (portanto, responsabilidade subjetiva) na fiscalização da prestadora durante a execução de seu contrato de trabalho e no inadimplemento de suas verbas.

Afirma também que "(...) com fulcro no entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16 e no item V da nova redação da Súmula do C. Tribunal Superior do Trabalho, a mera inadimplência do contratado não pode transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, pois apenas a efetiva demonstração de conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93, em especial a ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais, possibilitará a responsabilização subsidiária do Ente Público".

Diante de todo o exposto, defende que a inadimplência do contratado não pode transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, pleiteando a reforma da Sentença neste sentido, destacando, ao fim, que ficou demonstrada a fiscalização e zelo, por parte da Recorrente, quando ao cumprimento das obrigações contratuais firmadas.

Ao fim, acosta Jurisprudência deste Regional e do C.TST que corroboram a tese apresentada.

Pois bem.

Sobre a matéria em questão, assim se pronunciou o Magistrado sentenciante:

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA PETROBRÁS.

A segunda reclamada sustenta que não tem qualquer responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas ao reclamante, uma vez que esta não foi sua empregadora, não tendo existido qualquer vínculo ou relação de emprego entre ela e a reclamante.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a interpretação que a segunda reclamada tenta dar à Súmula nº 331, do E. TST mostra-se equivocada, afastando-se do seu real sentido. Nenhuma das reclamadas contradiz o fato de que a primeira foi contratada pela segunda. Portanto, é incontroversa a prestação de serviços, por meio da qual contrataram a execução de serviços não relacionados com a atividade-fim de seus empreendimentos, o que, a princípio, tornaria a contratação regular, afastando qualquer idéia quanto à condenação solidária dos bancos reclamados (Incisos I e III). Porém, o inciso IV dessa mesma mencionada súmula dispõe que no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, haverá responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações. Para que tal responsabilidade subsidiária ocorra, necessário se faz que o tomador tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial.

Assim, embora seja certo que tais incisos não devem ser interpretados de forma isolada ou literalmente, o que implica reconhecer que a contratação de serviços de limpeza, vigilância, conservação e outros ligados a atividade-meio do tomador, a princípio, são regulares e legais, não gerando qualquer responsabilidade do tomador, também é correto afirmar que o tomador deve diligenciar quanto à regularidade de tal contratação, verificando se a empresa contratada cumpre com suas obrigações legais, se todos os empregados da



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

prestadora são registrados e se a mesma é empresa solvente, tudo sob pena de que venha responder subsidiariamente pelos débitos porventura postulados pelo trabalhador contratado pela prestadora e eventualmente lesado em seus direitos trabalhistas.

Logo, tem-se que a situação relatada nestes autos, pode e deve ser enquadrada na hipótese detalhada no parágrafo anterior.

Portanto, não tendo a primeira reclamada, real contratante da autora, vindo a cumprir todas as suas obrigações trabalhistas, era direito do trabalhador ajuizar a demanda contra a empresa contratante e contra as tomadoras dos serviços, devendo o segundo reclamado permanecer no polo passivo da presente ação, respondendo, todavia, apenas subsidiariamente pelas verbas que serão a seguir deferidas, na hipótese de inadimplemento de tais obrigações e insolvência por parte da empresa empregadora

Reconhece-se a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada.

Examina-se.

De logo, importa ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/2007, em 24/11/2010, concluiu pela constitucionalidade do § 1º do art. 71 da lei n. 8.666/1993, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 71. (...) § 1º. A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.

Assim, após o pronunciamento da Suprema Corte está vedado o reconhecimento da responsabilidade subsidiária de ente do Poder Público pela mera inadimplência dos direitos laborais pela empresa contratada, na forma em que era proposta na Súmula 331, IV do TST.

Há, portanto, a necessidade de que a Justiça do Trabalho analise cada caso e conclua pela imputação da responsabilidade subsidiária do Poder Público tão somente quando houver constatação de culpa da Administração Pública, no sentido de descumprir o seu dever de bem licitar e fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços.

Isto significa que, à luz do caso concreto, deverá o julgador impingir, à constitucionalidade declarada, uma interpretação sistemática, considerando outros dispositivos legais e constitucionais, mormente aqueles que impõem à Administração Pública contratante o dever de licitar e fiscalizar a execução do contrato.

Aliás, a própria Constituição Federal dispõe sobre a responsabilidade objetiva da Administração Pública Direta ou Indireta em relação aos danos causados por seus agentes, conforme dicção do art. 37, § 6º, *in verbis*:

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

Nesse contexto, percebe-se que mesmo diante da declaração de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, existe a possibilidade de se reconhecer a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do Poder Público, desde que efetivamente comprovada a culpa da Administração Pública quanto ao dever de bem licitar e/ou fiscalizar.



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

Tem-se que a atual redação da Súmula 331 do TST (Resolução nº 174, de 24/05/2011) está em conformidade com as normas constitucionais, que têm como princípios fundamentais o Estado democrático, a dignidade humana, a valorização do trabalho e a ordem social com o objetivo de assegurar o bem-estar e a justiça social. *In verbis*:

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

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Com certeza, a referida Súmula encerra uma interpretação mais consentânea da Lei nº 8.666/93 aos ditames do ordenamento jurídico pátrio, calcado nos princípios já citados e em outros do Direito do Trabalho, inexistindo ofensa aos princípios e dispositivos constitucionais apontados.

Como bem se nota, incumbe, pois, ao tomador de serviços, ainda que realize devidamente o processo licitatório ou realize todos os procedimentos exigíveis à contratação - o que afastaria a imputação da culpa *in eligendo* - acompanhar a execução do contrato também no tocante ao cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, sob pena de caracterização da culpa *in vigilando* e responsabilização pelos prejuízos causados aos empregados da empresa prestadora de serviços.

Registre-se que o Plenário do STF, em 26/04/2017, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, decidiu, por maioria, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, fixar a seguinte tese de repercussão geral:

"O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".
(grifo nosso)



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

Confirmou-se, assim, o entendimento já adotado na ADC 16 citada, no sentido de impedir a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos, o que não se observa no presente caso.

Nessa senda, a possibilidade de atribuir a responsabilidade subsidiária à empresa tomadora de serviços que integra o âmbito da Administração Pública em decorrência de inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada ainda existe, devendo-se ressaltar, contudo, que o ônus de comprovar que não houve a devida fiscalização agora recai sobre a parte que alega, sendo necessária a sua demonstração cabal, não se admitindo concluir pela ausência de fiscalização por mera presunção ou ausência de documentos.

Nesse contexto, diante do posicionamento firmado pelo STF, a quem compete, em última instância no ordenamento pátrio, interpretar a legislação à luz da Constituição Federal e por questão de disciplina judiciária, revejo meu anterior entendimento para reconhecer que o ônus da prova de que o Ente público não fiscalizou o contrato de trabalho terceirizado, a determinar a existência de culpa *in vigilando*, é do Reclamante, por força do art. 818 da CLT, que dispõe que "*A prova das alegações incumbe à parte que as fizer*".

Destaca-se que tal posicionamento já vem sendo seguido no TST, conforme se extrai da ementa abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331 DO TST. ÔNUS DA PROVA ATRIBUÍDO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. CULPA IN VIGILANDO NÃO DEMONSTRADA. Agravo de instrumento provido ante possível violação do artigo 71, caput e § 1º da Lei 8.666/93. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331 DO TST. ÔNUS DA PROVA ATRIBUÍDO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. CULPA IN VIGILANDO NÃO DEMONSTRADA. A 6.ª Turma do TST decidiu seguir o teor de decisões monocráticas do STF que têm afirmado que é do reclamante o ônus da prova acerca da efetiva fiscalização na execução do contrato de terceirização de mão de obra por integrante da Administração Pública. Considerando que no caso em exame a ausência de fiscalização decorreu unicamente do entendimento de não satisfação do encargo probatório pelo tomador dos serviços, o que contrariaria o entendimento exarado pela Suprema Corte - ressalvado entendimento contrário do relator -, restou ausente registro factual específico da culpa in vigilando em que teria incorrido o tomador de serviços. Nesse contexto, não há como manter a responsabilidade subsidiária do ente público contratante. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR 23737920145110002 TST - 6ª Turma; Rel.: Augusto César Leite de Carvalho; Publicação: DEJT 11/04/2017)

Na mesma linha, as seguintes decisões deste Regional:

RECURSO ORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADORA DOS SERVIÇOS. NÃO COMPROVAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ATUAÇÃO FISCALIZATÓRIA DO ENTE PÚBLICO. REFORMA DA SENTENÇA. Observando-seo decidido quando do Julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, que discutia a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de Empresa Terceirizada, o E. STF, com Voto de desempate do Ministro Alexandre de Moraes, e que o Voto da Ministra Rosa Weber, então vencido, fora no sentido de caber à Administração Pública comprovar que fiscalizou devidamente o cumprimento do contrato, não se podendo exigir dos terceirizados o ônus de



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

provar o descumprimento desse dever legal por parte da Administração Pública, beneficiada diretamente pela força de trabalho despendida, mostra-se ter restado pacificado que ao Empregado terceirizado caberá comprovar, caso a caso, a ocorrência da culpa in vigilando por parte do Ente Público, ensejadora de sua responsabilidade subsidiária no pagamento das verbas trabalhistas então inadimplidas pelo Empregador. E, no caso em apreço, tem-se, da análise do conjunto probatório, não restar comprovada a ausência de fiscalização por parte da Empresa Tomadora dos Serviços quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da Empresa Terceirizada em face de seus Empregados contratados, razão porque impõe-se a reforma da Sentença a fim de afastar a responsabilização patrimonial imposta ao Ente Público, julgando-se prejudicada a análise das demais insurgências contidas no Apelo recursal. (PROCESSO nº 0000015-66.2017.5.20.0009 TRT20 - 1ª Turma; Des. Relator: Josenildo dos Santos Carvalho).

AUSÊNCIA DE PROVA DA FALTA DE FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA AFASTADA. REFORMA DA SENTENÇA. Diante da decisão proferida no Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, o Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, foi firmado o entendimento de que o ente público continuará como responsável subsidiário, mas não se exigirá dele que produza a prova da fiscalização adequada. O encargo probatório acerca da culpa in vigilando passou, portanto, a ser ônus que incumbirá ao empregado terceirizado. In casu, não há, nos fólios, qualquer comprovação de que a tomadora de serviços não fiscalizou o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora com relação aos empregados terceirizados, impondo-se, pois, a reforma da sentença a fim de afastar da PETROBRAS a responsabilidade subsidiária que lhe fora imputada, julgando, assim improcedentes os pedidos contra ela formulados. (Processo nº 0000022-58.2017.5.20.0009 TRT20 - 1ª Turma; Des. Rel.: Carlos De Menezes Faro Filho).

In casu, ausente prova concreta de que o ente público, tomador de serviços, não tenha fiscalizado as obrigações contratuais por parte da empresa contratada, ou que a fiscalização não ocorreu de forma eficaz, não há como lhe impor responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos créditos deferidos ao Reclamante, devendo a culpa in vigilando estar devidamente demonstrada nos Autos pela parte que alega, não podendo esta ser presumida.

Acrescente-se, ademais, que a realização de processo licitatório pelo ente da Administração Pública, ou mesmo a observância de todos os procedimentos exigíveis à contratação, conforme normas vigentes, inviabiliza a responsabilização por culpa in eligendo, porquanto já se afere, para efetivar o contrato, a aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada. Ademais, inexistem, nos Autos, provas ou indícios a refutar a presunção de legalidade, legitimidade e regularidade dos atos do Ente público.

Assim, dou provimento ao Apelo para, reformando a Sentença, afastar o reconhecimento da responsabilização patrimonial imposta à ora Recorrente, determinando a sua exclusão da lide.

Pugna o reclamante, em suas razões de revista, pela reforma do julgado. Alega que é do ente público o ônus de comprovar que cumpriu corretamente a fiscalização do referido contrato firmado com a empresa prestadora de serviços. Afirma que "a responsabilidade subsidiária da Petrobrás não depende de comprovação de culpa por



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

parte da empresa, pois o procedimento licitatório utilizado por ela não se subordina à Lei nº 8.666/93'. Esgrime com violação do artigo 373, II, e § 1o, do Código de Processo Civil. Indica contrariedade à Súmula n.º 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. Transcreve arestos para o cotejo de teses.

Ao exame.

Reconhecida a transcendência jurídica do tema, passa-se ao exame dos demais pressupostos de admissibilidade do Recurso de Revista.

Conforme se infere do excerto transcrito, o Tribunal Regional, examinando a situação concreta dos autos, excluiu a responsabilidade subsidiária do ente público tomador dos serviços sob o fundamento de que não resultou comprovada nos autos a falha na fiscalização por parte da Administração Pública – ônus que entendeu incumbir à parte autora.

O segundo aresto transcrito nas razões do Recurso de Revista, à p. 1.134 do eSIJ, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, autoriza o processamento do Recurso de Revista, na medida em que abriga tese divergente da esposada pelo Tribunal Regional, no sentido de que "***recai sobre a Administração Pública direta e indireta o ônus de demonstrar que fiscalizava o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora***".

Ante o exposto, **conheço** do Recurso de Revista.

II - MÉRITO

Controverte-se nos autos acerca da caracterização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, na condição de tomadora de serviços, em caso de inadimplemento da empresa contratada quanto aos direitos trabalhistas de seus empregados, sob o enfoque dos critérios estabelecidos na Lei n.º 8.666/93, que dispõe sobre licitações e contratos administrativos no âmbito da Administração Pública.

Para a habilitação no procedimento licitatório exige-se dos interessados a documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição da República, nos termos do artigo 27 da Lei n.º 8.666/93. Cumpre à Administração Pública, portanto, na escolha da melhor proposta, por força de expressa previsão legal, contratar empresa que demonstre, dentre outros requisitos, a sua **idoneidade financeira**.



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

O legislador infraconstitucional, de igual forma, conferiu à Administração Pública a **prerrogativa** de fiscalizar a execução dos contratos administrativos resultantes de certame licitatório, consoante se extrai do disposto no artigo 58, III, da Lei n.º 8.666/93, de seguinte teor (os grifos não são do original):

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituídos por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III – **fiscalizar-lhes a execução;**

IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

No mesmo diapasão, e dando consequência à prerrogativa estabelecida no dispositivo legal anteriormente citado, estabelece o artigo 67 da Lei n.º 8.666/93 o **dever** da Administração Pública de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato (os grifos foram acrescentados):

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

§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, **determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.**

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão **ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.**

O artigo 71 da Lei n.º 8.666/93, a seu turno, estabelece que os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato são suportados pela empresa contratada, não se transferindo à administração pública a



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

responsabilidade por seu pagamento, em caso de inadimplência da empresa contratada. Eis o teor do referido dispositivo de lei (grifos acrescentados):

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

§ 1º **A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento**, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 3º (Vetado).

Num tal contexto, observa-se que o legislador atribuiu à Administração Pública prerrogativas peculiares no âmbito do regime jurídico dos contratos administrativos. Impôs, ainda, ao ente público contratante, o **dever** de fiscalizar a execução desses contratos, podendo, até, proceder à sua alteração ou mesmo rescisão unilateral. Exsurge nítida, daí, a natureza de **poder-dever** da Administração Pública que a lei atribui à fiscalização da execução dos contratos mantidos com terceiros, de cujo exercício não se pode escusar a Administração, a fim de resguardar o **interesse público**.

Na condição de tomadora de serviços, portanto, cabe à Administração Pública fiscalizar atentamente, e de forma permanente, o desempenho da empresa contratante, na medida em que atribui ao particular a prestação de serviços no interesse do Estado – a quem compete respeitar, assegurar e promover os direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

Forçoso concluir, daí, a partir da interpretação teleológica e sistêmica do disposto no § 1º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93, que tal dispositivo coíbe a transferência para a Administração Pública da responsabilidade pessoal da empresa contratada, por força do **mero inadimplemento** das obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes do contrato administrativo. Não impede, porém, seja a administração pública responsabilizada, de forma subsidiária, quando caracterizada a sua conduta irregular e omissiva na vigilância do cumprimento das obrigações contratuais e legais assumidas pela empresa contratada perante o empregado, recrutado em razão do contrato administrativo celebrado.

Fosse intenção do legislador excluir totalmente a hipótese de caracterização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, em caso de culpa *in*



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

vigilando – hipótese improvável e de constitucionalidade duvidosa, na medida em que o instituto tem como fundamento norma hipotética de validade do próprio ordenamento jurídico –, assim o teria feito expressamente.

Num tal contexto, uma vez demonstrado inequivocamente o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, bem assim a conduta omissiva da Administração Pública quanto ao poder-dever de fiscalizar a execução do contrato administrativo, deve o ente público responder de forma subsidiária pela lesão ao patrimônio jurídico do empregado.

Cumprе ressaltar, ainda, que, ante a premissa já registrada anteriormente, no sentido de que compete ao Estado respeitar, assegurar e promover os direitos fundamentais previstos na Constituição da República – destacando-se, entre eles, os da dignidade humana e do valor social do trabalho –, bem assim em face do princípio da legalidade, afigura-se impróprio pressupor que o legislador, ao editar o artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, tenha pretendido eximir a Administração Pública de qualquer responsabilidade, em qualquer hipótese, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas derivadas do contrato, da lei **e da própria Constituição da República**, de responsabilidade primária da empresa contratada. Admitir tal raciocínio implicaria em anular a proteção outorgada pelo legislador constituinte a valores fundamentais e estruturantes da República Federativa do Brasil – esses sim, revestidos do caráter de **interesse público** em sentido estrito e original.

Se a ordem jurídica pátria rechaça a hipótese do enriquecimento estatal sem causa (RE 339.852-AgR, Relator Ministro **Ayres Britto**, 2ª Turma, DJe de 18/08/2011), com maior razão não se haverá de admitir que o particular, contratado pela Administração Pública, enriqueça ilicitamente, a partir da sonegação de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente ao trabalhador.

Ademais, o artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93 não pode ser interpretado isoladamente de todo o arcabouço erigido na própria lei em que se insere – indicativo, como já visto, do dever estatal de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações contratuais e legais resultantes do contrato administrativo. Tampouco é dado à Administração Pública valer-se de mão de obra ofertada por empresas inidôneas, ainda que contratadas mediante procedimento licitatório, beneficiando-se da própria descuidada em fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo. Inegavelmente, referido artigo deve ser interpretado sistemicamente, em consonância com os artigos 58, III, e 67 da Lei n.º



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

8.666/93, que estabelecem de forma inequívoca o poder-dever da Administração Pública de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato.

Vale agregar, por fim, que esse é o único entendimento compatível com as obrigações internacionalmente assumidas pelo Brasil, que ratificou a Convenção n.º 94 da Organização Internacional do Trabalho sobre cláusulas laborais nos contratos públicos. Referida norma internacional, internalizada por meio do Decreto Legislativo n.º 20, de 1965, estabelece, em seus artigos 1º e 2º, a obrigação do Estado membro de assegurar que os trabalhadores contratados por particulares, para execução de contratos firmados com a Administração Pública ou custeados com recursos públicos, desfrutem de condições de trabalho não menos favoráveis do que aquelas estabelecidas pela legislação nacional, laudo arbitral, convenção ou acordo coletivos para trabalho da mesma natureza, no mesmo ramo de atividade e localidade em que executado. O afastamento do dever de vigilância, pela Administração Pública, do fiel cumprimento das obrigações trabalhistas resultantes do contrato administrativo faria letra morta a norma internacional, cujo escopo é assegurar que as contratações pelo Poder Público contribuam para a dignificação do trabalho, e não para o seu aviltamento (consequência inexorável da adjudicação de contratos públicos para prestação de serviços pelo critério do menor preço).

Cumprе ressaltar que, no mesmo sentido da tese ora sufragada, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal, na sessão Plenária de 24/11/2010, ocasião em que julgada a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, ajuizada pelo Exmo. Governador do Distrito Federal, cujo acórdão foi publicado no Dje de 09/09/2011. Decidiu a Corte suprema, na ocasião, pela constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, tendo asseverado que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada não transfere automaticamente para a Administração Pública a responsabilidade pelo débito daí decorrente. É o que consta da ementa do referido julgado, de seguinte teor:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contratante. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n.º 9.032, 1995. **(ADC. 16/DF, Relator Exmo. Ministro Cezar Peluso, Dje. 09/09/2011).**



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

Consta, todavia, do referido acórdão, ressalva expressa do Relator, no que foi secundado pela maioria dos integrantes da Corte, no sentido de excepcionar de tal regra a hipótese de descumprimento do ente público em fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo.

Com efeito, exsurge clara, da leitura do acórdão já referido, a conclusão de que, enquanto a mera inadimplência da empresa prestadora de serviços não enseja a transferência automática à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas decorrentes do contrato mantido com seu empregado, daí não segue a impossibilidade de reconhecimento dessa responsabilidade, em caráter subsidiário, na hipótese de omissão da Administração Pública no cumprimento da obrigação de fiscalizar o fiel adimplemento, pela empresa contratada, das obrigações a que submetida, por força de lei ou do contrato. Tais premissas constam do debate travado em sessão de julgamento, registrado no acórdão prolatado na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, a seguir transcrito:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) -

Vou recordar a matéria e explicar mais uma vez por que meu voto julgava o autor carecedor da ação.

A informação prestada pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, invocando inclusive as decisões, é que o Tribunal Superior do Trabalho reconhece a responsabilidade da Administração com base nos fatos, isto é, com base no descumprimento do contrato, e não com base em inconstitucionalidade da lei. Ou seja, o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida da constitucionalidade da norma, só que reconhece responsabilidade da Administração por questões factuais ligadas a cada contrato em particular. Noutras palavras, eu entendi que, como o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida sobre a constitucionalidade, seria de todo em todo dispensável que o Tribunal a reconhecesse quando não há controvérsia a respeito.

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

(...)

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) -

Vossa Excelência me permite? O que, segundo me parece, o Tribunal fez, e fez com acerto? Ele reconheceu que a mera inadimplência - é isso que o artigo 71, § 1º, diz - do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, etc, não transfere essa responsabilidade para a Administração. A inadimplência do contratado não a transfere. O que o Tribunal e a Justiça do Trabalho têm reconhecido? Que a ação culposa da Administração, em relação à fiscalização à atuação...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a Justiça do Trabalho tem batido carimbo com o Enunciado 331 da Súmula da jurisprudência predominante.



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Pode até ser. Vossa Excelência conhece bem a Justiça do Trabalho. Deixe-me só dizer o que estou entendendo da postura da Justiça do Trabalho.

Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. E proclama: **mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, onde prevista essa atuação censora?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - São outros fatos examinados sob a luz de outras normas constitucionais. É isso que estou dizendo.

(...)

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Só estou advertindo ao Tribunal que **isso 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.** Por isso declarei que seria carecedor da ação, porque, a mim me parece, reconhecer a constitucionalidade, que nunca foi posta em dúvida, não vai impedir a postura da Justiça trabalhista que é agora impugnada, mas é impugnada sob outro ponto de vista. **Não é a constitucionalidade dessa norma que vai impedir a Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilidade da Administração perante os fatos!**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas se verá diante de uma decisão do Supremo declarando a harmonia do dispositivo com a Constituição Federal. Creio que haverá, pelo menos, uma inibição, afastando-se, até, o Verbete n.º 331 da Súmula.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas, Ministro, quanto a isso eu não tenho dúvida. Eu julgo a ação procedente. Conheço do mérito e julgo a ação procedente, sem problema nenhum.

(...)

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Estou de acordo. Eu supero a preliminar e, no mérito, julgo a ação procedente, porque não tenho dúvida nenhuma sobre a constitucionalidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu acompanho Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Se o Tribunal estiver de acordo, eu proclamo o resultado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Na verdade, eu tenho acompanhado esse entendimento do Ministro Cezar Peluso, no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque, realmente, **ela é decidida sempre em um caso concreto, se há culpa ou não, e cito um exemplo com o qual nós nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade. São empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais, que participam de licitações milionárias, e essas firmas, depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático. E ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre, no caso? Está claramente configurada a culpa in vigilando e in eligendo da Administração.** Aí, segundo o TST, incide, ou se afasta, digamos assim, esse artigo 71, § 1º, da Lei



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

8.666. Portanto, eu sempre decidi na mesma linha do Ministro Cezar Peluso, no sentido de não conhecer, de considerar a matéria inconstitucional, mas se o Plenário entender que, dada a importância, o impacto da questão com relação à Administração, então talvez convenha que nós ultrapássemos essa questão do conhecimento e adentremos no âmago do tema.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu acompanho também o Ministro Cezar Peluso quanto ao não conhecimento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque esse tipo de conduta quebra a estrutura inteira da Administração, que, licita, contrata, a lei diz que não assumirá, e aí ela assume duas vezes: ela pagou esse contratado que contratou de maneira equivocada, a licitação então não valeu de nada, e depois o povo brasileiro ainda paga a segunda vez por esse trabalhador. Quer dizer, alguma coisa está muito errada. E, se está errada nesse nível, acho que há outras consequências, **inclusive mandar apurar a responsabilidade desse que não fiscalizou, desse que licitou mal.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - **É bem verdade que os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas do município, que haja realmente a fiscalização, porque, realmente, o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares.** Então, essa questão continua posta e foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, para que haja essa **culpa in vigilando**, fundamental. Nós tivemos esses casos aqui mesmo na administração do Tribunal e tivemos de fiscalizar, porque pode ocorrer que a empresa terceirizada receba, como sói acontecer, em geral, o Poder Público é adimplente, pelo menos no plano federal essa questão não se coloca, **mas não cumpre esses deveres elementares.** Talvez, aqui, reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm de fiscalizar, inicialmente são os órgãos contratantes e, depois, os órgãos fiscalizadores. **De modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da Previdência Social e do FGTS.**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - **Mas já há. A legislação brasileira exige. Só se pode pagar a posteriori, por exemplo, nesses casos dos contratos, e se está quitada com a Previdência, porque inclusive a empresa não pode mais contratar. É que talvez ela não esteja sendo feito.**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - **Vossa Excelência está acabando de demonstrar que a Administração Pública é obrigada a tomar atitude que, quando não toma, configura inadimplemento dela!**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - **Claro, não discordo disso.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na verdade, apresenta quitação em relação à Previdência, aos débitos anteriores.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Dela. Isso é que gera responsabilidade que vem sendo reconhecida pela Justiça do Trabalho. Não é a inconstitucionalidade da norma. A norma é sábia. Ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade. **O mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da**



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que estava acontecendo, Presidente, é que, na quadra que se desenhou, a Justiça do Trabalho estava aceitando, de forma irrestrita, a responsabilidade do ente estatal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - **Agora há de ser no sentido de que ela vai ter de examinar os fatos. Estou de acordo. Vai ter de examinar os fatos.**

Nesse exato sentido passou a orientar-se a jurisprudência desta Corte superior, a partir da edição, pelo Tribunal Pleno, da Resolução n.º 174, de 24/05/2011, de que resultou a inserção do item V na Súmula n.º 331, cujo teor é o seguinte:

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Atente-se, ainda, para o fato de que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar o Tema n.º 246 de Repercussão Geral, nos autos do RE 760.931 (julgamento concluído em 30/3/2017 e acórdão publicado em 12/9/2017), fixou a seguinte tese (destaque acrescido):

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 n.º 8.666/93.

Com efeito, exsurge clara a conclusão de que, na mesma linha da tese sufragada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, entendeu o Supremo Tribunal Federal que não há falar em transferência automática à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas decorrentes do contrato mantido entre a empresa prestadora de serviços e seus empregados.

Após a fixação da tese de Repercussão Geral, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 760.931/DF (julgamento ocorrido em 30/3/2017), o cerne da controvérsia passou a residir na expectativa de manifestação do Excelso Pretório sobre a distribuição do



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

ônus da prova dos requisitos necessários à caracterização da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Caberia ao reclamante produzir prova cabal da conduta culposa da Administração Pública ao deixar de fiscalizar a conduta da empresa prestadora de serviços ou, ao revés, caberia ao ente público fazer prova da efetiva fiscalização? Tal questão foi discutida no julgamento dos terceiros Embargos de Declaração interpostos nos autos do RE n.º 760.931, ocorrido em 1º de agosto de 2019.

Ao examinar os terceiros embargos de declaração interpostos ao acórdão mediante o qual se fixou a tese da repercussão geral, o Ex^{mo}. Ministro Luiz Fux, Relator, propôs que se enfrentasse a matéria, proferindo voto no sentido de dar provimento parcial aos Embargos de Declaração, a fim de esclarecer que: "*O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, salvo, em caráter subsidiário e excepcional, quando cabalmente comprovada conduta culposa da Administração causadora de dano ao empregado, vedada em qualquer hipótese a sua responsabilização solidária e a presunção de culpa, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93*".

Tal entendimento, contudo, não prevaleceu, tendo a douta maioria dos Ex^{mos}. Ministros do Supremo Tribunal Federal **decidido negar provimento aos Embargos de Declaração**, mantendo íntegra a tese jurídica originalmente fixada na sessão de 30/3/2017, **sem acrescentar qualquer referência à distribuição do ônus da prova de eventual conduta culposa da Administração Pública** (vencidos os Ex^{mos}. Ministros Luiz Fux, Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes).

Preponderou, na ocasião, o voto proferido pelo Ex^{mo}. Ministro Edson Fachin, que assim resumiu a tese prevalecente, na ementa do acórdão publicado em 06/09/2019 (os grifos não constam do original):

EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 246 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPRESAS TERCEIRIZADAS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Não há contradição a ser sanada, pois a tese aprovada, no contexto da sistemática da repercussão geral, reflete a posição da maioria da Corte quanto ao tema em questão, contemplando exatamente os debates que conduziram ao acórdão embargado. 2. **Não se caracteriza obscuridade, pois, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade.**



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

3. Embargos de declaração rejeitados. (RE 760931 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019)

Resulta claro que o Supremo Tribunal Federal deliberadamente não definiu, na tese de Repercussão Geral fixada no RE n.º 760.931, **entendimento acerca da distribuição do ônus da prova**, limitando-se a sufragar a tese de que *“o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93”*.

Observe-se, no mesmo sentido da conclusão antes referida, o entendimento externado pela Ex^{ma}. Ministra Rosa Weber, ao examinar, monocraticamente, a Reclamação n.º 34.248/MG, DJe 15/10/2019, após o já referido julgamento dos Embargos de Declaração nos autos do RE n.º 760.931 (destaques acrescidos):

RECLAMAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DA ATIVIDADE-FIM. DÉBITOS TRABALHISTAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/1993. AFRONTA À AUTORIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS NA ADC Nº 16 E NO RE 760.931-RG. ANÁLISE DE CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PELA CORTE RECLAMADA. AUSÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10. ART. 25, § 1º, DA LEI 8.987/95. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROCEDÊNCIA. Vistos etc. 1. Trata-se de Reclamação proposta por Cemig Distribuição S.A, com fundamento no artigo 102, I, “I”, da Constituição da República e no artigo 156 e seguintes do RISTF, contra acórdão prolatado pela 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 0011296-61.2017.5.03.0148. 2. A reclamante sustenta que, ao aplicar o enunciado da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a autoridade reclamada negou vigência ao §1º do artigo 25 da Lei nº 8.987/1995, sem, contudo, declarar a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, vulnerando, dessa forma, a Súmula Vinculante nº 10 do STF. Defende, ainda, violação do que decidido (i) na ADC 16, em que reconhecida a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que vedaria a responsabilidade subsidiária da administração pública e (ii) no RE 760.931-RG, no qual fixada 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”*. 3. A medida liminar foi deferida para suspender os efeitos da decisão impugnada até a decisão final na presente reclamação. 4. Prestadas informações pela autoridade reclamada. 5. Dispensado a intimação do Procurador-Geral da República, em razão do caráter repetitivo do litígio. É o relatório. **Decido.** (...) 13. Nesse sentir, observado o julgamento do RE 760.931, tenho por corroborada a minha compreensão acerca do quanto decidido por esta Suprema Corte já ao exame da ADC 16 – precisamente a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93 e a consequente inviabilidade da imputação automática da



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

responsabilidade subsidiária à Administração Pública, como mera consequência do inadimplemento por parte da prestadora de serviços de direitos trabalhistas. 14. A tese de repercussão geral fixada por esta Casa, além de reafirmar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93, nos moldes em que decidido ao exame da ADC 16, assenta não a absoluta irresponsabilidade da Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, mas, sim, a possibilidade de a ela se imputar - desde que tal não se opere automaticamente - a responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas dos empregados. 15. A vedação está, portanto, na imputação "automática" da responsabilidade, sem que reste evidenciada a conduta culposa - na modalidade *in vigilando* - da Administração Pública no cumprimento e/ou na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais (Lei nº 8.666/93), por parte da empresta prestadora. 16. obsta a tese da repercussão geral (Tema nº 246) que se impute a responsabilidade à Administração Pública tão somente como corolário do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada, entendimento por mim já adotado inúmeras vezes, à luz das balizas anteriormente firmadas por esta Casa ao exame da ADC 16. 17. Assim, entendo que o reconhecimento judicial da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nas hipóteses em que, examinado o caso concreto, restar evidenciada conduta omissiva culposa, opera-se não somente em perfeita harmonia à tese da repercussão geral fixada no bojo do RE 760.931, como também ao quanto decidido na ADC 16, e, nesse sentido, em estrita conformidade com o ordenamento jurídico (Lei nº 8.666/93). 18. Respeitadas tais premissas, entendo que a decisão reclamada - ao concluir que a responsabilidade subsidiária é medida que se impõe como via alternativa para se evitar que o ilícito trabalhista favoreça aquele que indevidamente se beneficiou do labor do empregado -, reconheceu a incidência da responsabilidade subsidiária da tomadora pelos direitos trabalhistas, sem que a questão da culpa tenha sido analisada no caso concreto. **19. Limitado, outrossim, o julgamento da ADC 16 a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador, a inviabilizar o manejo da reclamação com espeque em alegada afronta à ADC 16 sob tais enfoques, conforme já decidido em várias reclamações: Rcl 14832/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.11.2012, Rcl 15194/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 18.3.2013, Rcl 15385/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.3.2013. 20. No ponto, cumpre igualmente assentar que, ao julgamento do RE 760.931, esta Suprema Corte, muito embora tenha debatido aspectos acerca das regras de distribuição do ônus da prova na espécie, culminou por não fixar balizas, respeitada, a meu juízo, a soberania das instâncias ordinárias no exame do acervo fático-probatório, cujo revolvimento é de todo vedado na instância extraordinária, assim como no bojo da reclamação constitucional. 21. Por outro lado, consabido que a via estreita da reclamação não pode ser utilizada para reexame do ato reclamado, porquanto não se presta à substituição de espécie recursal, não compete ao STF, na presente ação, aferir o acerto, ou não, da interpretação conferida pelo órgão fracionário do Tribunal reclamado aos aspectos fáticos constantes dos autos. 22. Nesse contexto, torno a enfatizar que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços ocorreu de forma automática, sem que houvesse juízo de valoração dos elementos da**



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

responsabilidade subsidiária (da conduta do reclamante no seu dever de fiscalização do cumprimento de obrigação que lhe é imposta pela Lei 8.666/93). 23. Diante do exposto, com espeque no art. 21, § 1º, do RISTF, julgo procedente a presente reclamação para cassar o ato reclamado e determinar que outra decisão seja proferida, em obediência ao que preceituado na ADC nº 16 e no RE 760.931, assim como em atenção à Súmula Vinculante 10/STF. Publique-se. Brasília, 11 de outubro de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora (Rcl 34248, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 11/10/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 14/10/2019 PUBLIC 15/10/2019)

Nesse mesmo sentido, oportuno também destacar decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao examinar a Reclamação n.º 35.907/DF (destaques acrescentados):

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Quando do julgamento do RE 760.931, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 11.09.2017, não se fixou regra sobre a distribuição do ônus probatório nas ações que debatem a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em decorrência da culpa in vigilando nos contratos de terceirização. Não destoia desse entendimento acórdão que, ante as peculiaridades do caso concreto, impõe à Administração a prova de diligência. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 35907 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-284 DIVULG 18-12-2019 PUBLIC 19-12-2019)

Registre-se, por fim, que a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, nos autos do processo n.º TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281, em sessão de julgamento realizada em 12/12/2019 (acórdão pendente de publicação), firmou entendimento no sentido de que incumbe ao ente público o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho firmados entre a empresa prestadora dos serviços e seus empregados. Tal entendimento foi reafirmado no âmbito da SBDI-1, em sua composição plena, no julgamento do Processo n.º EEDRR-62-40.2017.5.20.0009, ocorrido em 10/9/2020 (acórdão publicado em 29/10/2020).

Nesse contexto, resulta claro que o entendimento atual sufragado pela Suprema Corte afasta a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade do ente público tomador dos serviços pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços em razão do mero inadimplemento.

Nos termos da jurisprudência dominante neste Tribunal Superior do Trabalho, porém, tal entendimento não obsta o reconhecimento da responsabilidade do ente



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

da Administração Pública, em caráter subsidiário, quando: a) ficar comprovada nos autos a ausência de fiscalização, pelo ente público, do adimplemento, pela empresa prestadora dos serviços, das obrigações a que submetida, por força de lei ou do contrato; ou b) não se desincumbir o ente público do encargo probatório relativo à demonstração da efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho firmado entre a empresa prestadora de serviços e seus empregados.

Num tal contexto, merece reforma a decisão proferida pelo egrégio Tribunal Regional que, examinando a situação concreta dos autos, excluiu a responsabilidade subsidiária do ente público tomador dos serviços, sob o fundamento de que não comprovada nos autos a falha na fiscalização por parte da Administração Pública – ônus que entendeu incumbir à parte autora.

Nesse sentido, registrou-se, no acórdão prolatado pelo Tribunal Regional, que *"Nessa senda, a possibilidade de atribuir a responsabilidade subsidiária à empresa tomadora de serviços que integra o âmbito da Administração Pública em decorrência de inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada ainda existe, devendo-se ressaltar, contudo, **que o ônus de comprovar que não houve a devida fiscalização agora recai sobre a parte que alega**, sendo necessária a sua demonstração cabal, não se admitindo concluir pela ausência de fiscalização por mera presunção ou ausência de documentos. Nesse contexto, diante do posicionamento firmado pelo STF, a quem compete, em última instância no ordenamento pátrio, interpretar a legislação à luz da Constituição Federal e por questão de disciplina judiciária, revejo meu anterior entendimento **para reconhecer que o ônus da prova de que o Ente público não fiscalizou o contrato de trabalho terceirizado, a determinar a existência de culpa in vigilando, é do Reclamante**, por força do art. 818 da CLT, que dispõe que "A prova das alegações incumbe à parte que as fizer". (...) In casu, **ausente prova concreta de que o ente público, tomador de serviços, não tenha fiscalizado as obrigações contratuais por parte da empresa contratada, ou que a fiscalização não ocorreu de forma eficaz**, não há como lhe impor responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos créditos deferidos ao Reclamante, devendo a culpa in vigilando estar devidamente demonstrada nos Autos pela parte que alega, não podendo esta ser presumida" (pp. 958/959 do eSIJ – destaques acrescidos).*

Importante ressaltar que, ao mesmo tempo em que o regime jurídico administrativo atribui à administração pública certas prerrogativas (como o poder extroverso e a validade das cláusulas exorbitantes), limita e condiciona o exercício da



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

administração pública à plena observância aos princípios administrativos, em especial aqueles arrolados na cabeça do artigo 37 da Constituição da República (estrita legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência).

Assim, ao fiscalizar o contrato administrativo celebrado com a empresa prestadora de serviços (por expressa determinação legal), incumbe à administração manter controle documental acerca de tal atividade, a fim de permitir o controle de seus atos pelos órgãos internos e externos, bem como a qualquer cidadão, como decorrência do direito de petição (artigo 5º, XXXIII e XXXIV, **a**, da Constituição da República).

Dessa obrigação legal da administração de documentar os atos que materializaram a fiscalização (artigo 67, § 1º, da Lei n.º 8.666/93) exsurge, no plano processual - em especial quando se discute a responsabilidade civil da administração pública no caso de inadimplemento de verbas trabalhistas pela empresa contratada -, o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do contrato celebrado, nos termos da Lei n.º 8.666/93.

Vale ressaltar, por derradeiro, que à Administração Pública incumbia adotar medidas corretivas (podendo chegar até mesmo à rescisão do negócio jurídico) ao primeiro indício de inadimplência da empresa contratada, constatado a partir da diligente fiscalização da execução do contrato administrativo firmado. A tanto estava autorizada por força do disposto no artigo 78, I, da Lei n.º 8.666/93. Não há falar, assim, em ônus excessivo para o ente público, que dispunha de meios para desincumbir-se de sua obrigação legal, prevenindo a formação do passivo pelo qual é agora chamado a responder, de forma subsidiária.

Tal conduta processual, além de decorrer dos princípios da moralidade e da probidade administrativa, encontra fundamento de validade no princípio da cooperação e nas regras de distribuição do encargo probatório. Não é demasiado realçar, no particular, que eventual atribuição, ao trabalhador terceirizado, da obrigação de demonstrar a ausência de fiscalização, pela Administração Pública, quanto à execução de seu contrato de trabalho implicaria, em última análise, onerá-lo com a produção da prova de fato negativo, de todo inadmissível, porque de difícil, senão impossível realização.

Assim, considerando a inexistência de "**prova concreta de que o ente público, tomador de serviços, não tenha fiscalizado as obrigações contratuais por parte da empresa contratada, ou que a fiscalização não ocorreu de forma eficaz**", constatada pelo Tribunal Regional; e considerando, ainda, que incumbia ao ente público tomador dos serviços comprovar, de forma cabal, o cumprimento da obrigação de fiscalizar, a fim de afastar a alegada culpa *in vigilando*, resulta inevitável a



PROCESSO Nº TST-RR-1255-36.2016.5.20.0006

conclusão de que o acórdão recorrido equacionou a lide em contrariedade ao entendimento predominante nesta Corte superior, cristalizado na Súmula n.º 331, V.

Diante do exposto, **dou provimento** ao Recurso de Revista para restabelecer a sentença no que tange à atribuição da responsabilidade subsidiária à segunda reclamada – PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS - pelo pagamento das parcelas reconhecidas em juízo à parte autora e, ainda, determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional de origem, a fim de que prossiga no julgamento dos temas remanescentes deduzidos no Recurso Ordinário interposto pelo aludido ente público, tido por prejudicados, como entender de direito.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, reconhecendo a transcendência jurídica da controvérsia, dar provimento ao Agravo de Instrumento interposto pelo reclamante para determinar o processamento do Recurso de Revista. Acordam, ainda, por unanimidade, deixar de examinar o Recurso de Revista quanto ao tema "preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional", nos termos do artigo 282, § 2º, do Código de Processo Civil. Acordam, finalmente, por unanimidade, reconhecendo a transcendência jurídica da controvérsia, conhecer do Recurso de Revista quanto ao tema "responsabilidade subsidiária", por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença no que tange à atribuição da responsabilidade subsidiária à segunda reclamada – PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS - pelo pagamento das parcelas reconhecidas em juízo à parte autora e, ainda, determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional de origem, a fim de que prossiga no julgamento dos temas remanescentes deduzidos no Recurso Ordinário interposto pelo aludido ente público, tido por prejudicados, como entender de direito.

Brasília, 5 de outubro de 2022.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

LELIO BENTES CORRÊA
Ministro Relator