



PROCESSO Nº TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

A C Ó R D ã O
(2ª Turma)
GDCVF/LNP/amr

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. PROVA DA CULPA. A inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do empregador não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, consoante dispõe o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, declarado constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 24 de novembro de 2010 (Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF). Assim, foi acrescentado o item V à Súmula nº 331 do TST, no sentido de que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, 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. No presente caso, o quadro fático delineado no acórdão regional registra que, efetivamente, o ente público não fiscalizou adequadamente a execução do contrato de prestação de serviços com o empregador do reclamante. Nesse contexto, a decisão regional harmoniza-se com o entendimento firmado na Súmula nº 331, V, desta Corte. Incidência do artigo 896, § 5º, da CLT. **Agravo de instrumento a que se nega provimento.**



PROCESSO N° TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° **TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664**, em que é Agravante **MUNICÍPIO DE LONDRINA** e são Agravados **RODRIGO DE SOUZA COELHO e INSTITUTO ATLÂNTICO**.

O 2º reclamado - **MUNICÍPIO DE LONDRINA** -, inconformado com a decisão às fls. 210-219, oriunda do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, que denegou seguimento ao recurso de revista (fls. 201-209), interpõe agravo de instrumento às fls. 222-233, com o fito de ver processado aquele recurso.

Contraminuta às fls. 237-244 e contrarrazões às fls. 245-253.

O Ministério Público do Trabalho opinou pelo desprovimento do agravo de instrumento (fls. 257-258).

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

2. MÉRITO

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTE PÚBLICO -

PROVA DA CULPA

O agravante sustenta que o Tribunal Regional, ao reconhecer a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, incorreu em violação dos artigos 37, § 6º, 97, 102, § 2º, e 103-A, da Constituição Federal e 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93, bem como contrariou a Súmula 331 do TST e a Súmula Vinculante n° 10 do STF.

O TRT assim apreciou a controvérsia:



PROCESSO Nº TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

“Insurge-se o réu MUNICÍPIO DE LONDRINA contra a declaração de responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas deferidas ao autor em sentença, na condição de tomador dos serviços prestados, com fulcro na Súmula 331, V, do c. TST e no artigo 184 do CCB, ante a evidente inidoneidade financeira da empregadora.

Defende não haver espaço para a declaração de sua responsabilidade subsidiária, diante da licitude do contrato de prestação de serviços firmado com o réu INSTITUTO ATLANTICO. Afirma que o autor sequer alegou que, na condição de tomador de serviços, agiu com culpa. Invoca a ADC 16/2010, a inconstitucionalidade do item IV da Súmula 331 do c. TST e a Súmula Vinculante 10 do c. STF. Requer o afastamento da responsabilidade.

De início, cumpre afastar a tese do réu MUNICÍPIO DE LONDRINA de que o autor não suscitou discussão a respeito da culpa do tomador de serviços no inadimplemento pelo empregador das verbas trabalhistas reclamadas na petição inicial, na medida em que pleiteou expressamente a observância do contido na Súmula 331 do c. TST (fl. 03).

Segundo o que se extrai dos autos, restou incontroversa a prestação de serviços pelo autor, na função de auxiliar administrativo, de 30 de dezembro de 2010 a 08 de junho de 2011, em prol do réu MUNICÍPIO DE LONDRINA, por intermédio do réu INSTITUTO ATLANTICO. Vale dizer que o recorrente usufruiu da força do trabalho do autor em seu benefício.

A responsabilidade subsidiária tem como requisito objetivo a constatação de nexos causal entre duas circunstâncias:

1. a contratação, expressa ou tácita, havida entre ‘fornecedora’ e ‘tomadora do serviço’ ; e
2. a condição de a ‘tomadora’, pessoa física ou jurídica, ter sido também beneficiária do trabalho prestado pelo empregado, vindo este a desempenhar labor afeto à denominada ‘atividade meio’, sem cuja execução inexistiria ou resultaria prejudicado o alcance do objetivo social explorado economicamente pelo tomador.

Desse modo, embora o empregado celebre negócio jurídico com a real empregadora, ou seja, com a denominada ‘fornecedora/prestadora de serviços’ e inexista ilegalidade nesse contrato, a força produtiva por aquele



PROCESSO Nº TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

desenvolvida contribui de modo essencial para a consecução do objetivo visado pelo prestador e tomador.

Não se atribui ilegalidade ao negócio jurídico celebrado entre fornecedor e tomador, mas, ao terceirizar a atividade, assumindo os riscos advindos dessa conduta, figura o fornecedor - na relação tomador/trabalhador - à semelhança de um preposto.

O fato de a tomadora haurir benefícios advindos da força produtiva - nascidos do labor também em prol dela realizado -, que lhe propiciam retorno econômico, fazendo com que a figura do empregado de interposta pessoa desponte como fonte de riqueza, a torna devedora subsidiária das débitos decorrentes do labor prestado, sob pena de restarem feridos os princípios magnos de valorização do trabalho humano, alçados à dignidade de garantia constitucional (artigos 1º, IV, 170 e 193).

Consubstanciando a terceirização exceção ao contrato de labor a ser estabelecido diretamente entre destinatário e prestador do trabalho (artigos 2º, 3º, 442 e 444 da CLT), não se pode admiti-la em olvido aos citados princípios constitucionais, revestidos de força normativa.

Nessa linha, a terceirização consubstancia-se em fenômeno social, sem disciplina legislativa, à exceção do trabalho temporário (Lei 6.019/1974), o qual não se confunde com a hipótese de que se trata.

O julgador não pode se furtar a decidir sobre práticas sociais não disciplinadas em lei, razão pela qual a Corte Maior Trabalhista, após sedimentar jurisprudência acerca do tema, formulou a Súmula 331, que serve de norte para a solução de demandas que envolvam a terceirização. Da mesma forma, não há conceito legal de atividades fim e meio, de forma que o entendimento sumulado desponta como uma orientação para a resolução do caso concreto. Por isso, diz-se que a terceirização é lícita (e não legal, pois não há disciplina legislativa) quando se trata de atividade-meio do tomador. É, portanto, exceção que deve ser interpretada e considerada de forma restrita.

A responsabilidade subsidiária, outrossim, não decorre da inidoneidade financeira da fornecedora dos serviços, da ilicitude do contrato firmado entre ela e a tomadora de serviços, tampouco da existência pessoalidade e subordinação no trabalho prestado pelo obreiro à tomadora, mas sim da culpa *in vigilando* e ou *in elegendo* em que ela



PROCESSO Nº TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

incorreu ante a má escolha daquele a quem contratou, posto que o contratado (intermediador de mão-de-obra), de modo ilícito e ilegal, inadimpliu obrigações trabalhistas perante terceiro (o empregado), gerando dano.

A Administração Pública deve, por certo, contratar o vencedor de licitação, pressupondo-se, aqui, existência de processo idôneo, conforme estabelece a própria Lei 8.666/1993, o que não elide, porém, a discussão acerca da sua culpa.

Logo, não há afronta em sentença aos artigos 5º, II, 22, XXVII, e 37, *caput*, II, XXI e §6º, e 102, §2º, da CF, 70 e 71, §1º, da Lei 8.666/1993, 10, §7º, do Decreto-Lei 200/1967, 741, § único, do CPC e 186, 265 e 927 do CCB, já que a condenação subsidiária tem como principal fundamento os princípios constitucionais que pugnam pela valorização do trabalho humano e a culpa *in eligendo* e *in vigilando*, ou seja, é embasada em norma constitucional específica (artigo 37, §6º, da CF).

No que se refere ao artigo 71 da Lei 8.666/1993 (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 artigo 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991), é certo que a sua base principiológica reclama atendimento ao critério de idoneidade, que deve ser observado, em vista, inclusive, da indisponibilidade do interesse público pelo administrador.

Por outro lado, a responsabilidade subsidiária tem por principal objetivo proteger o trabalho humano desempenhado em prol do tomador de serviços, motivo pelo qual o dever de arcar com os créditos reconhecidos ao trabalhador no título judicial, independente de sua natureza, recai sobre todos os que participam da terceirização de mão-de-obra, e não somente sobre o empregador.



PROCESSO N° TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

A r. sentença recorrida é consentânea à orientação jurisprudencial cristalizada nos itens IV, V e VI da Súmula 331 do c. TST, que, em sua nova redação, prevê:

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.

Cabe acentuar que o item V, acrescido à Súmula 331 do c. TST, deve ser interpretado à luz da presunção de legitimidade dos atos administrativos. Assim, quando se constata a falta de pagamento de verbas ou outra espécie de irregularidade na execução do contrato, só se pode concluir que o administrador público não agiu, não fiscalizou. Pensar de outra forma seria como presumir sua conivência com a prática irregular do contratado.

Ademais, não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na referida súmula da Corte Maior Trabalhista, nem em inviabilidade de sua aplicação, ainda que não dotada de força vinculante.

No que concerne à Súmula Vinculante 10 do c. STF, ressalte-se que este e. Colegiado não está a declarar a inconstitucionalidade da Lei 8.666/1993, a qual deve ser observada pela Administração Pública, mas apenas está reconhecendo que a lei de licitações e contratos administrativos não afasta a responsabilidade pelas verbas trabalhistas devidas a empregado que forneceu sua força de trabalho à Administração Pública, que, por sua vez, beneficiou-se deste labor.



PROCESSO N° TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

Incidem, aqui, os princípios constitucionais voltados à valorização do trabalho humano, bem como o artigo 37, §6º, da CF, que trata da responsabilidade dos entes públicos, antes mencionados.

Cabe elucidar que na recente decisão proferida em 24 de novembro de 2010 pelo c. STF, nos autos da ADC/DF 16/2010, de relatoria do Exmo. Ministro CEZAR PELUSO, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se, contudo, que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar irrestritamente a Súmula 331 do c. TST.

O Exmo. Ministro MARCO AURÉLIO, ao mencionar os precedentes do c. TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no §6º do artigo 37 da CF quanto no §2º do artigo 2º da CLT (Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços.

Enfatizou que, considerado o verbete 331, se teria partido para a responsabilidade objetiva do Poder Público, preceito esse que não versaria sobre responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou o Exmo Ministro que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do artigo 71 da Lei 8.666/1993, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela



PROCESSO Nº TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal.

Entretanto, conforme visto, a presente decisão, por via difusa, não declara a inconstitucionalidade do dispositivo acima citado, mas apenas confere interpretação de acordo com os princípios constitucionais multicitados, buscando a máxima eficácia dos direitos fundamentais. Por isso, entende-se que a Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/2010 não afeta a presente decisão e que não há espaço para a suspensão do feito até que haja manifestação do c. STF a respeito de Reclamação 6970, apontada pela ré.

Cabe frisar, novamente, que este e. Colegiado não está a declarar a inconstitucionalidade da Lei 8.666/93, diploma legal que, de fato, deve ser observada pela Administração Pública nas licitações e contratos administrativos, sem que isso afaste, contudo, a responsabilidade do ente público pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas a quem lhe forneceu força de trabalho.

De qualquer sorte, com a inclusão do item V na Súmula 331 do c. TST, acima transcrito, resta consolidado o entendimento de que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública (direta ou indireta) decorre de culpa.

Com efeito, na esteira do que assentou o e. STF, a mera inadimplência da empresa terceirizante quanto às verbas trabalhistas e previdenciárias devidas ao trabalhador terceirizado não transfere a responsabilidade por tais verbas para a entidade estatal tomadora de serviços, conforme o disposto no artigo 71 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações).

Há, todavia, que se manter a trajetória proposta nas primeiras linhas dessa decisão, no sentido de se atribuir interpretação sistemática ao artigo 71 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações), em conjunto com os demais preceitos que regem a matéria (artigos 58, III, e 67 dessa mesma lei, 159 do CCB/1916, 186 e 927, *caput*, do CCB/2002, observados os respectivos períodos de vigência) e à luz dos princípios constitucionais dotados de eficácia normativa.

Essa leitura revela que o dispositivo da Lei de Licitações apenas isenta a Administração Pública das obrigações trabalhistas decorrentes dos



PROCESSO Nº TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

contratos de prestação de serviços por ela celebrados quando o ente público tomador cumpre sua obrigação de fiscalizar a execução do contrato pelo prestador. Constatado o inadimplemento ou outra espécie de irregularidade na execução do contrato, só se pode concluir que o administrador público não agiu.

Consoante frisado acima, pensar de outra forma seria presumir sua conivência com a prática ilícita, o que fatalmente colide com a presunção de legitimidade do atuar administrativo e, ainda mais sério, deita por terra a convicção de que o Estado se pauta pelo conjunto de princípios do artigo 37 da CF.

Na espécie dos autos, efetivamente, não cumprir a obrigação de fiscalizar a execução do contrato pelo prestador configurou a inadimplência da obrigação da entidade estatal tomadora de serviços no tocante ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa prestadora de serviços, gerando, assim, sua responsabilidade subsidiária, em face de culpa *in vigilando*, 'a teor da regra responsabilizatória incidente sobre qualquer pessoa física ou jurídica que, por ato ou omissão culposos, cause prejuízos a alguém. Evidenciando-se essa culpa *in vigilando* nos autos, incide a responsabilidade subsidiária, de natureza subjetiva, prevista nos preceitos legais especificados' (TST - AIRR 307-26.2010.5.02.0000 - Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado - DJe 20.05.2011 - p. 1342).

No mesmo sentido:

AGRAVO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DE REVISTA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTE PÚBLICO - No caso concreto, o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Fundação pública reclamada decorreu da constatação pela Instância ordinária de culpa na modalidade *in vigilando*, pois o tomador dos serviços não fiscalizou o efetivo cumprimento das obrigações trabalhistas. Nos termos dos arts. 67 e 58 da Lei nº 8.666/93, é dever da Administração Pública velar pela adequada e correta execução do contrato administrativo, que se estende à observância dos direitos trabalhistas dos empregados da empresa contratada. Nesse contexto fático-probatório, não se divisa afronta literal e direta ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, uma vez que a própria Lei de Licitações estabelece a obrigatoriedade de a Administração Pública fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais a cargo do contratado, aí incluídos os encargos trabalhistas. Deve ser mantida,



PROCESSO Nº TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

portanto, a decisão agravada. Agravo a que se nega provimento. (TST - Ag-AIRR 545/2003-007-02-40.5 - Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa - DJe 13.05.2011 - p. 421)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DE REVISTA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - TOMADOR DOS SERVIÇOS - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CULPA IN VIGILANDO - ABRANGÊNCIA - MULTA - Encontra-se consentânea com os limites traçados pelo Supremo Tribunal Federal para a aplicação do entendimento vertido na Súmula 331, IV, do TST (ADC 16/2007DF), a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços por débitos trabalhistas ligados à execução de contrato administrativo quando configurada a omissão da Administração Pública no dever de fiscalizar, na qualidade de contratante, as obrigações do contratado, imposição dos arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/1993 e 37, caput, da Constituição da República. Precedentes da SDI-I (TST-Ag- E-RR-6700-51.2009.5.06.0012, da lavra do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DJe 11.02.2011, e TST-E-RR-27100-54.2007.5.15.0126, da lavra do Ministro Horácio Senna Pires, julgado em 03.02.2011). Não configurada violação direta e literal de preceito da lei federal ou da Constituição da República, nem divergência jurisprudencial válida e específica, nos moldes das alíneas a e c do artigo 896 da CLT, inviável o trânsito da revista e, conseqüentemente, o provimento do agravo de instrumento. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST - AIRR 4616-68.2010.5.10.0000 - Rel^a Min^a Rosa Maria Weber - DJe 20.05.2011 - p. 760)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - SÚMULA 331, IV, DO TST - ADC 16 JULGAMENTO PELO STF - 1- A Súmula 331, IV, do TST é fruto da interpretação sistemática do art. 71 da Lei 8.666/93, para não transformar em letra morta o que a nossa Constituição Federal elegeu como fundamento da ordem econômica e da República Federativa do Brasil: a valorização do trabalho humano (arts. 1º, IV, e 170 da CF). Ademais, é salutar frisar que o art. 193 da CF dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e desse dever não se encontram imunes as entidades públicas tomadoras de serviços, sendo a responsabilidade subsidiária mister para resguardar os direitos do trabalhador. 2- Convém destacar, nessa esteira, a propósito do julgamento da ADC 16 pelo STF em 24/11/10, o posicionamento sedimentado nesta Corte não se alterou. Recentes julgados seguem no sentido de que o TST está autorizado a proceder ao exame de cada caso concreto, a fim de identificar a existência de omissão da Administração Pública na



PROCESSO Nº TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

fiscalização do contrato, delimitando o alcance da norma inserta no art. 71 da Lei 8.666/93 com a consideração dos demais dispositivos legais pertinentes (arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/93) (precedentes citados). 3- In casu, tendo o Regional registrado que a subsidiariedade estaria relacionada à idéia de responsabilidade in vigilando do Distrito Federal com respeito ao prestador inadimplente com as obrigações trabalhistas, sendo certo que a hipótese dos autos retratou o não atendimento de obrigações trabalhistas por parte da 1ª Reclamada, deslindou a controvérsia à luz da Súmula 331, IV, do TST, de modo que somente pela revisão da prova dos autos é que seria possível, em tese, concluir pelo seu desacerto, considerando-se a culpa in vigilando do GDF, e, conseqüentemente, também concluir pelo seu desacerto quanto à manutenção da responsabilização subsidiária do ora Agravante, o que encontra óbice na Súmula 126 do TST. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR 1561-12.2010.5.10.0000 - Relª Minª Maria Doralice Novaes - DJe 20.05.2011 - p. 1488)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ADMISSÃO DE PESSOAL VIA CONCURSO PÚBLICO E CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA SUPRIMENTO DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO AUSÊNCIA DE CONFUSÃO ENTRE OS INSTITUTOS RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADC Nº 16 JULGAMENTO PELO STF - VEDAÇÃO DE SE RESPONSABILIZAR O CONTRATADO PARA A EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS PÚBLICOS PELO MERO INADIMPLEMENTO DE SUAS OBRIGAÇÕES LABORAIS TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE- MEIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS - POSSIBILIDADE DESDE QUE DEMONSTRADA A CULPA IN VIGILANDO OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DOS AUTOS - ARTS. 58, III, E 67, CAPUT E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA - Em observância aos postulados da impessoalidade e da moralidade (art. 37, caput, da Carta Magna), o legislador constitucional elegeu três formas de ingresso nos quadros da administração pública, quais sejam, via cargo público, via emprego público e via contrato temporário para atendimento de excepcional interesse público (incisos II e IX do aludido dispositivo). Ao fazê-lo, não deixou espaço para o legislador infraconstitucional expandir o rol acima citado, por tratar a matéria de questão intimamente ligada à gestão dos negócios públicos, que, por decisão do poder constituinte originário, ficou restrita ao âmbito constitucional. Nessa senda, não se



PROCESSO Nº TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

pode confundir a contratação de serviços e obras pela administração pública, via procedimento licitatório (instituto previsto no inciso XXI do referido dispositivo constitucional e disciplinado na Lei nº 8.666/93), com a obtenção de mão de obra para o desempenho de atividade-meio no âmbito público, pois, em tal circunstância, não se busca o produto (no caso de obras) ou a utilidade (no caso de serviços) proporcionados pelo vencedor do certame a que alude o mencionado diploma de lei, mas, tão somente, a fruição do trabalho alheio, para a satisfação de necessidades que poderiam ser supridas por meio da admissão de pessoal para laborar nos quadros estatais. Em face disso, o STF, ao julgar a ADC nº 16 e considerar o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações por parte do vencedor de certame licitatório, referiu-se, por óbvio, às obras e serviços contratados, via licitação, pela administração pública. Isso porque, ao fazer referência às terceirizações incidentes sobre atividade-meio da Administração Pública, o STF expendeu o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa in vigilando da entidade estatal (incluindo-se, nesse conceito, os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta), viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria. Por culpa in vigilando entenda-se a postura passiva da Administração Pública, que deixa de exigir do prestador dos serviços o demonstrativo atinente ao cumprimento das obrigações laborais, de aplicar, em caso de renitência, as sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 e de rescindir o contrato, na forma dos arts. 77 e 78 do mencionado diploma legal. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consigna que a Administração Pública não cumpriu com o seu dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações laborais devidas pelo prestador dos serviços. Não demonstrada a satisfação do dever imposto pelos arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 (ônus que incumbe ao ente público, por se tratar de fato impeditivo do acolhimento da pretensão autoral), impõe-se a manutenção do acórdão regional, pois patente a existência de culpa in vigilando por parte da Administração Pública, não se havendo de cogitar, portanto, em sua responsabilização pelo mero inadimplemento das obrigações devidas por aquele que firma contrato de execução de serviços e obras públicas com o Estado (o que restou vedado pela decisão proferida na citada ADC nº 16). Agravo de instrumento



PROCESSO Nº TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

desprovido. (TST - AIRR 2688-07.2010.5.02.0000 - Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho - DJe 13.05.2011 - p. 383)

Data venia, não há que se cogitar de atribuir ao empregado o ônus da prova (diabólica, pensa esta Relatora) de que a Administração deixou de fiscalizar. É do ente público o encargo de demonstrar que, a despeito de ter cumprido rigorosamente as diretrizes estabelecidas na Lei 8666/1993, o prestador conseguiu ocultar a prática irregular ou o inadimplemento.

Quanto a esse aspecto, todavia, parece não haver controvérsia, como bem demonstram as decisões do Tribunal Superior do Trabalho, nas quais transparece a adoção da teoria da carga dinâmica probatória (ou da aptidão para a prova), segundo a qual há de se atribuir o *onus probandi* àquele que se encontra no controle dos meios de prova e, por isso mesmo, se encontra em melhores condições de alcançá-la ao destinatário da prova (DALL'AGNOLL, Antônio Janyr, Distribuição Dinâmica do onus probandi, Palestra proferida no 1º Simpósio Nacional de Direito Bancário, realizado em São Paulo de 6 à 8 de julho de 2000, in www.cartamaior.com.br).

É dizer, como Carnellutti, que impor o ônus da prova àquele que tiver interesse em apresentar a prova não se apresenta uma solução satisfatória. Isso porque, enquanto o interesse na afirmação é unilateral, no sentido de que qualquer das partes tenha interesse em afirmar somente os fatos constitutivos da base da sua pretensão e da sua exceção, o interesse na prova (à demonstração) é bilateral, no sentido de que, uma vez afirmado um fato, qualquer das partes tem interesse em fornecer, relativamente a este, a prova: a) para uma de sua existência; b) para outra, de sua inexistência. (CARNELLUTTI, Francesco, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. II, pág. 340, apud BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. O princípio da aptidão á produção da prova. *Juris Síntese* nº 42 - JUL/AGO de 2003).

Conclui-se, assim, que restou configurada a culpa *in vigilando* do réu MUNICÍPIO DE LONDRINA e que, portanto, agiu com acerto a ilustre magistrada singular ao reconhecer a sua responsabilidade subsidiária pelos créditos deferidos ao autor.

Diante do exposto, não há ofensa aos artigos nos artigos 2º, 5º, II, 22, XXVI, 37, caput, II, e XXI, 44, 48, 97, 102, I e §2º, da CF, 70 e 71, §1º, da Lei 8.666/1993, 3º da LICC, 10, §7º, do Decreto-Lei 200/1967 e 741, §



PROCESSO N° TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

único, do CPC, ou, ainda, à Súmula Vinculante 10 do c. STF e à decisão prolatada nos autos de ADC/DF 16/2010.

Mantém-se.” (fls. 184-198)

À análise.

A inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do empregador não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, consoante dispõe o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, declarado constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 24 de novembro de 2010 (Ação Direta de Constitucionalidade n° 16/DF).

Com efeito, essa é a regra quando o órgão público age diligentemente na fiscalização do cumprimento das normas advindas das relações juslaborais entre a empresa terceirizada e seus empregados que lhes prestam serviços.

A Lei de Licitações, inclusive, prevê expressamente a obrigatoriedade da Administração de fiscalizar a execução de seus contratos administrativos (inciso III do artigo 58), bem assim que “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” (artigo 67 do mesmo diploma legal).

Assim, considerando que deve sempre atuar de forma diligente, a melhor exegese dos dispositivos sob comento é aquela segundo a qual a Administração tem o poder-dever de fiscalizar os contratos administrativos celebrados com terceiros para resguardar o interesse público.

Inquestionavelmente, a declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 não afasta o dever de fiscalização da Administração Pública perante seus contratados. É fato que a Administração Pública não pode ficar imune à sua responsabilidade quando não cumpriu sua função legal de fiscalizar o cumprimento do contrato.



PROCESSO N° TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

Para tanto, nos contratos decorrentes da prestação de serviços através de cessão de mão de obra ou empreitada, o acompanhamento e a fiscalização devem ser realizados não apenas sob os aspectos quantitativo e qualitativo (parte operacional), bem como por meio da análise documental apresentada pela contratada de forma periódica e obrigatória juntamente com a nota fiscal/fatura.

Cabe destacar, ainda, que o artigo 19-A, inciso IV, da Instrução Normativa n° 02 de 30/04/2008, com a redação dada pela Instrução Normativa n° 03 de 16/10/2009, ambas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, para os órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG, possibilita à contratante, inclusive, descontar na fatura e efetuar o pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas aos trabalhadores, quando houver falha no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada, até o momento da regularização, sem prejuízo das sanções cabíveis.

No presente feito, o quadro fático delineado no acórdão regional assinala que, efetivamente, o ente público não fiscalizou de forma contundente o cumprimento do contrato entabulado, visto que ficou registrado que “na espécie dos autos, efetivamente, não cumprir a obrigação de fiscalizar a execução do contrato pelo prestador configurou a inadimplência da obrigação da entidade estatal tomadora de serviços no tocante ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa prestadora de serviços, gerando, assim, sua responsabilidade subsidiária, em face de culpa *in vigilando*”.

Evidenciada, portanto, a culpa *in vigilando* do órgão público contratante, caracterizada pela falha ou omissão na fiscalização do cumprimento dos encargos laborais assumidos pela contratada.

Esse é o entendimento constante na nova redação da Súmula 331, inciso V, do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

“331- CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011)

(...)



PROCESSO N° TST-AIRR-1554-58.2011.5.09.0664

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 nº 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. (Inserido - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)” (grifei)

Logo, o Tribunal Regional, ao responsabilizar o ente público subsidiariamente pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelo empregador do reclamante, decidiu em harmonia com o entendimento consubstanciado na referida súmula.

Incide, no caso, o disposto no artigo 896, § 5º, da CLT.

Com esses fundamentos, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 20 de Novembro de 2013.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

VALDIR FLORINDO
Desembargador Convocado Relator