



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

A C Ó R D ã O
(3ª Turma)
GMMGD/rl/ja/dsc

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JULGAMENTO ANTERIOR POR ESTA 3ª TURMA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA EVENTUAL EMISSÃO DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 1.030, INCISO II, DO CPC. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, V, DO TST. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DO STF. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA LEI 8.666/93. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO TOCANTE À AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. ENCARGO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SEGUNDO INTERPRETAÇÃO DA SBDI-1/TST À JURISPRUDÊNCIA DO STF, A PARTIR DA DECISÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROFERIDA NOS AUTOS DO RE-760.931/DF. Em observância ao entendimento fixado pelo STF na ADC nº 16-DF, passou a prevalecer a tese de que a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, mas apenas quando explicitada no acórdão regional a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. E o STF, ao julgar, com repercussão geral reconhecida, o RE-760.931/DF, confirmou a tese já explicitada na anterior ADC nº 16-DF, no sentido de que a responsabilidade da Administração Pública não pode ser automática, cabendo a sua condenação



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

apenas se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos. Provocado o STF, em sede de embargos de declaração, sobre o alcance da decisão proferida nos autos do RE-760.931/DF, sobretudo quanto ao ônus de prova da fiscalização do adimplemento das obrigações contratuais trabalhistas no curso do pacto celebrado entre o ente privado e a Administração Pública, o recurso foi desprovido. Em face dessa decisão, em que o Supremo Tribunal Federal não delimitou - como foi questionado nos embargos de declaração - a matéria atinente ao ônus da prova da fiscalização do contrato, compreendeu a SBDI-1 do TST, em julgamento realizado em 12.12.2019, nos autos dos Embargos E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, que a deliberação acerca da matéria, dado o seu caráter eminentemente infraconstitucional, compete à Justiça do Trabalho. E, manifestando-se expressamente sobre o encargo probatório, fixou a tese de que **é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços**, suplantando, assim, o entendimento de que seria do empregado tal encargo processual. Ressalte-se que, ainda que não haja transferência automática da responsabilidade (não incide, nesses casos, a culpa presumida, segundo o STF), tem o tomador de serviços estatal o ônus processual de comprovar seus plenos zelo e exação quanto ao adimplemento de seu dever fiscalizatório (art. 818, II e § 1º, CLT; art. 373, II, CPC/2015). Por essas razões, se a entidade pública não demonstra a realização do efetivo controle sobre o contrato, deve ser



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

responsabilizada subsidiariamente pela satisfação das obrigações trabalhistas inadimplidas pela empregadora. É preciso - reitere-se - deixar claro que, se a entidade estatal fizer prova razoável e consistente, nos autos, de que exerceu, adequadamente, o seu dever fiscalizatório, não pode ocorrer a sua responsabilização, pois isso configuraria desrespeito à jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal. Consequentemente, no caso concreto, em face de a decisão do TRT estar em consonância com o atual posicionamento desta Corte sobre a matéria e mantida a decisão que negou provimento ao agravo de instrumento, sem proceder ao juízo de retratação, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC, **devolvam-se os autos à Vice-Presidência desta Corte Superior.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411**, em que é Agravante **INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA - IFET** e Agravados **FRANCISCO DE ASSIS ENEAS** e **ALVEJA - CONTRATAÇÕES E CONSULTORIA LTDA - ME - ME.**

Esta 3ª Turma, por meio de acórdão de minha lavra, negou provimento ao agravo de instrumento interposto.

Foi interposto recurso extraordinário.

A Vice-Presidência desta Corte determinou o sobrestamento do apelo, até decisão definitiva do STF acerca do Tema nº 246 do ementário de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, tendo, posteriormente, determinado "o dessobrestamento dos autos e o seu encaminhamento ao órgão fracionário prolator da decisão recorrida nestes autos, a fim de que se manifeste, nos termos do art. 1.030, II, do CPC, sobre a necessidade ou não de exercer eventual juízo de retratação da decisão então proferida por aquele colegiado", tendo em vista o



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

julgamento dos embargos de declaração interpostos contra decisão proferida pelo Pleno do STF sobre a matéria.

PROCESSO ELETRÔNICO.

É o relatório.

V O T O

Tratando-se de recurso interposto em processo iniciado anteriormente à vigência das alterações promovidas pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, e considerando que as relações jurídicas materiais e processuais produziram amplos efeitos sob a normatividade anterior, as matérias serão analisadas com observância das normas então vigorantes, em respeito ao princípio da segurança jurídica, assegurando-se a estabilidade das relações já consolidadas (arts. 5º, XXXVI, CF; 6º da LINDB; 912 da CLT; e 14 do CPC/2015 e 1º da IN 41 de 2018 do TST).

A) JULGAMENTO ANTERIOR POR ESTA 3ª TURMA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA EVENTUAL EMISSÃO DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 1.030, INCISO II, DO CPC. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, V, DO TST. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DO STF. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA LEI 8.666/93, DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO TOCANTE À AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. ENCARGO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SEGUNDO INTERPRETAÇÃO DA SBDI-1/TST À JURISPRUDÊNCIA DO STF, A PARTIR DA DECISÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROFERIDA NOS AUTOS DO RE-760.931/DF

Eis o teor do acórdão turmário:

“TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, V, DO TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

**DA LEI 8.666/93 EXPLICITADA NO ACÓRDÃO REGIONAL.
DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO**

O Tribunal Regional denegou seguimento ao recurso de revista.

No agravo de instrumento, a Parte reitera as alegações trazidas no recurso de revista, ao argumento de que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade do art. 896 da CLT.

Contudo, a argumentação da Parte não logra desconstituir os termos da decisão agravada, que subsiste pelos seus próprios fundamentos, ora endossados e integrantes das presentes razões de decidir, *in verbis*:

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Trata-se de recurso de revista interposto contra acórdão proferido em julgamento de recurso ordinário.

O apelo é tempestivo (ciência da decisão em 25/07/2011 - fl. 120 - e apresentação da petição em 08/08/2011 - fl. 122).

A representação processual está regular nos termos da Orientação Jurisprudencial nº. 52 da SDI-I do TST.

O preparo é inexigível (artigos 790-A da CLT e 1º, inciso IV, do Decreto-Lei nº. 779/69).

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

Responsabilidade Solidária / Subsidiária

Alegação(ões):

- contrariedade à Súmula Vinculante n.º 10 do STF e da Súmula nº 363 do TST;

- violação dos artigos 37, inciso II e § 6º, 97 e 102, § 2º, da Constituição da República;

- violação dos artigos 71, § 1º, da Lei 8.666/93; 333, I, do CPC; 455 da CLT;

- divergência jurisprudencial.

Insurge-se o recorrente diante da condenação subsidiária que lhe foi imposta, alegando que, no julgamento da ADC n.º 16-DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, segundo o qual a inadimplência da empresa contratada em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere ao poder público a responsabilidade por seu pagamento, e que a responsabilização subsidiária do ente público só pode ocorrer se, havendo exame dos fatos, ficar comprovada sua culpa in eligendo e in vigilando.

O acórdão tem a seguinte ementa (fl. 115):

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONTRATO LÍCITO DE TERCEIRIZAÇÃO - O Colendo Tribunal Superior do Trabalho já consolidou o entendimento de que mesmo as pessoas jurídicas de direito público respondem subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas das terceirizadas que contratam. Isto nada tem a ver



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

com a irregularidade da contratação, mas com o fato de que os entes da administração pública têm responsabilidade objetiva em relação aos danos que seus agentes (concessionários, prepostos, contratados etc.) causarem a terceiros. Como beneficiária da prestação de serviços do recorrido, o município era garantidor da empresa que empregou a autora da ação, pois lhe cabia velar pela idoneidade financeira do intermediador da mão-de-obra que escolheu e pelo cumprimento das obrigações trabalhistas. É da inobservância desses deveres que deriva sua culpa (in eligendo et in vigilando). Recurso ordinário improvido quanto ao tema."

Não vislumbro a violação literal das supracitadas normas jurídicas nem divergência jurisprudencial específica. A Corte regional reconheceu a culpa in eligendo e in vigilando do IFET e, conseqüentemente, sua responsabilidade subsidiária pelo adimplemento das obrigações trabalhistas a partir da teoria da responsabilidade objetiva do ente público. Entretanto, não se pronunciou expressamente sobre a comprovação da culpa do recorrente pela inadimplência da empresa contratada, nem a respeito do posicionamento adotado pelo SFT, o que impede o confronto de teses, nos termos do artigo 896 da CLT.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, INDEFIRO o processamento do recurso de revista.

Intimem-se.

Recife, 25 de agosto de 2011.

Firmado por assinatura digital (Medida Provisória nº 2.200-2/2001)

MARIA HELENA GUEDES SOARES DE PINHO MACIEL

Desembargadora Vice-Presidente do TRT da 6ª Região

Documento assinado eletronicamente por MARIA HELENA GUEDES SOARES DE PINHO MACIEL, Desembargadora Vice-Presidente do TRT da 6ª Região, em 25/08/2011 às 12:04 (Lei 11.419/2006).

Para melhor compreensão do tema, transcrevo trecho do acórdão:

"Entendo, do mesmo modo que a autoridade sentenciante, que, na situação de terceirização lícita, a Administração Pública responde subsidiariamente pela satisfação dos direitos trabalhistas devidos por empresa locadora de mão de obra a seus empregados.

À hipótese, é inteiramente aplicável a regra da responsabilidade objetiva da Administração, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, porquanto, da incúria do terceirizado, por error in eligendo ou error in vigilando, decorre a obrigação do poder público de indenizar os danos que seus agentes causaram a terceiros, por terem contratado mal (por



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

exemplo, deixando de exigir a prestação de caução idônea das empresas no edital de licitação) **ou deixado de fiscalizar o cumprimento das obrigações da terceirizada em relação aos seus empregados.** E essa responsabilidade subsidiária, realço aqui, se dá no caso de terceirização lícita, porque, na ilícita, é mais do que pertinente considerar que a formação do vínculo, se pedida pelo interessado, se dará diretamente com o tomador particular dos serviços (como, inclusive, também afirma o próprio TST na Súmula 331, inc. I)

Cabe registrar que o supracitado artigo da Constituição Federal não encerra nenhum tipo de vedação a que a Administração Pública seja responsabilizada pela inadimplência de suas contratadas em relação a encargos trabalhistas. Pelo contrário. A dicção do parágrafo sexto do artigo invocado é minudente ao dispor que ‘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 nos casos de dolo ou culpa’.

Estabelece a norma constitucional, portanto, o princípio da responsabilidade objetiva da administração, no que pertine aos danos que seus agentes causarem a terceiros, inclusive, por óbvio, os danos causados a créditos laborais de trabalhadores, os quais gozam de proteção especial em razão da natureza alimentar.

Ora, ao utilizar a mão-de-obra de trabalhadores por interposta empresa, assumiu o segundo reclamado a qualidade de verdadeiro garantidor de que os direitos desses trabalhadores seriam respeitados. E a responsabilidade pela inadimplência (máxime quando decorrente da inidoneidade financeira ou moral) da entidade terceirizada em relação aos empregados deve ser atribuída à contratante, pois presume-se, face ao preceito constitucional já referenciado, a existência de culpa resultante de error in eligendo ou error in vigilando.

Estabelecidas a premissa, cabe apenas ressaltar que a responsabilidade em questão não é solidária, pois, neste caso, poderia o empregado acionar indistintamente qualquer uma das duas empresas, o que não acontece, porquanto, somente se considera em prejuízo do empregado o montante que deixar de receber em virtude da insolvência de seu empregador, ou seja, há de ser exaurido integralmente o patrimônio do responsável direto pela obrigação trabalhista discutida, somente respondendo o ente público contratante pelo que remanescer de seu crédito. Em resumo, cuida-se aqui de responsabilidade subsidiária, como, inclusive, acha-se consolidado na jurisprudência da mais alta Corte Trabalhista do País: ‘O inadimplemento das obrigações



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93; (Revisão do Enunciado nº 331 do Col. TST, item IV, publicada no DJ de 18.09.2000, sem o grifo de agora).

Não há portanto, nenhuma usurpação de competência legislativa, mas a apura e simples constatação de que a norma constitucional assegura o direito do acionante à responsabilização subsidiária da autarquia recorrente.

Impende ressaltar, outrossim, que, in casu, ausente a primeira reclamada à audiência de instrução em que deveria prestar depoimento pessoal, foi corretamente aplicada pelo Juízo a quo a pena de confissão quanto a matéria de fato, nos termos da Súmula n. 74 do Col.TST.

Nego provimento” (g.n.).

A proteção da sociedade, incluída a defesa do trabalhador, e a presunção de legalidade de que se revestem os atos administrativos - que são, inclusive, em regra, aspectos elementares na atuação da Administração Pública, como guardião do cumprimento de direitos garantidos pelo Texto Constitucional - exigem rigor ao se interpretar e adequar a hipótese de incidência à previsão legislativa e jurisprudencial no caso de se reconhecer, ou não, a responsabilidade subsidiária da entidade estatal por eventuais débitos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora dos serviços.

Essa proteção constitui-se de um conjunto de direitos e deveres laborais de larga envergadura que têm implicações sociais, políticas e econômicas, a exemplo dos princípios constitucionais fundamentais listados na Constituição da República de 1988, como no art. 1º (dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e da livre iniciativa), bem como os direitos fundamentais que se consolidam por meio de princípios ligados aos direitos sociais (arts. 6º e 7º), à ordem econômica (art. 170), à seguridade social (art. 194), à saúde (art. 196), à assistência social (art. 203), à cultura (art. 215), entre outros dispositivos constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir a ADC nº 16-DF, reverteu a interpretação sedimentada há duas décadas na jurisprudência trabalhista no sentido de que as entidades estatais – a exemplo das demais pessoas físicas e jurídicas – eram firmemente responsáveis por verbas contratuais e legais trabalhistas dos trabalhadores terceirizados na área estatal, caso houvesse inadimplemento por parte do empregador terceirizante (Súmula 331, antigo item IV, TST).

Para o STF, é necessária a efetiva presença de culpa *in vigilando* da entidade estatal ao longo da prestação de serviços (STF, ADC nº 16-DF).



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

Observados tais parâmetros, é preciso perceber, no caso concreto, se o ente público agiu com culpa para a ocorrência do inadimplemento dos débitos trabalhistas. Essa é a direção interpretativa apontada pelo STF ao julgar a ADC nº 16-DF. Se não resultar claramente evidenciada a ação ou omissão, direta ou indireta, na modalidade culposa, do agente público em detrimento do contrato administrativo para a prestação de serviços terceirizados, não há como identificar a responsabilidade da Administração Pública em relação às obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, à luz do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Repita-se: essa é a linha do entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, em vista do decidido na ADC nº 16-DF.

Em observância a esse entendimento, o TST alinhou-se à tese de que a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, mas apenas quando explicitada no acórdão regional a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora (artigos 58 e 67, Lei 8.666/93) – novo item V da Súmula 331 do TST.

Nesse quadro, a mera culpa *in eligendo* não autoriza, por si só, deduzir a responsabilidade do Poder Público pelos débitos inadimplidos pela empregadora, segundo o STF. A propósito, segundo a Corte Máxima, tendo sido seguido o procedimento licitatório sequer se pode falar em culpa *in eligendo*.

Também não há que se falar, em tais casos de terceirização, em responsabilidade objetiva, a teor da jurisprudência advinda da Corte Máxima.

Porém, naturalmente, se houver clara, inquestionável culpa da entidade estatal tomadora de serviços quanto à fiscalização da conduta da empresa terceirizante relativamente ao cumprimento de suas obrigações trabalhistas, incidirá a responsabilidade subsidiária, por força de outros preceitos legais, além do art. 71, *caput* e § 1º da Lei de Licitações. Havendo manifesta ou demonstrada culpa in vigilando, incidem preceitos responsabilizatórios concorrentes, tais como os artigos 186 e 944, caput, do Código Civil.

No caso concreto, o TRT a quo manteve a condenação subsidiária por delinear, de forma expressa e enfática, a culpa in vigilando da entidade estatal, nos termos do item V da Súmula 331 do TST.

Ainda que a Instância Ordinária, no presente processo, tenha mencionado fundamentos não acolhidos pela decisão do STF na ADC nº 16-DF, o fato é que, manifestamente, afirmou no *decisum* que houve culpa *in vigilando* da entidade estatal quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços terceirizados. A configuração da culpa *in vigilando*, caso afirmada pela Instância Ordinária (como ocorreu nos presentes autos), reitere-se, autoriza a incidência da responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços (arts. 58 e 67, Lei 8.666/93, 186 e 944 do Código Civil).



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

A decisão regional encontra-se, portanto, em consonância com o fundamento acolhido pelo STF no julgamento da ADC da entidade pública: a demonstração de omissão no dever de fiscalizar. Inclusive, em diversas oportunidades em que o tema foi levado a debate naquela Corte, posteriormente ao julgamento da citada ação declaratória de constitucionalidade, a compreensão que se extraiu da matéria foi no sentido de que, se demonstrada a ocorrência de conduta culposa na fiscalização da execução dos contratos celebrados, a Administração Pública se sujeitará ao reconhecimento de sua responsabilidade subsidiária pela Justiça do Trabalho. Confirmam-se, a propósito, as seguintes decisões: Rcl 13941 MC / MG, Relator Ministros Cezar Peluso, DJE 31/08/2012; Rcl 13272 / MG, Relatora Ministra Rosa Weber, DJE 03/09/2012; Rcl 14672 MC / SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJE 17/10/2012; Rcl 14683 MC / SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJE 23/10/2012; Rcl 14801 MC / SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJE 05/11/2012.

Assim, a decisão apresenta-se em conformidade com a jurisprudência consolidada do TST, o que torna inviável o exame das indicadas violações de dispositivo legal e/ou constitucional, bem como superada a eventual divergência jurisprudencial (Súmula 333 do TST e o art. 896, §4º, da CLT).

Ressalte-se que as vias recursais extraordinárias para os tribunais superiores (STF, STJ, TST) não traduzem terceiro grau de jurisdição; existem para assegurar a imperatividade da ordem jurídica constitucional e federal, visando à uniformização jurisprudencial na Federação. Por isso seu acesso é notoriamente restrito, não permitindo cognição ampla.

Não se constata haver a demonstração, no recurso de revista, de jurisprudência dissonante específica sobre o tema, de interpretação divergente de normas regulamentares ou de violação direta de dispositivo de lei federal ou da Constituição da República, nos moldes das alíneas “a”, “b” e “c” do art. 896 da CLT.

Registre-se, por fim, que a motivação do acórdão, por adoção dos fundamentos da decisão denegatória, não se traduz em omissão no julgado ou na negativa de prestação jurisdicional - até mesmo porque transcritos integralmente.

A propósito, o STF entende que se tem por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões mesmo na hipótese de o Poder Judiciário lançar mão da motivação referenciada *per relationem*, isto é, mesmo quando apenas se reporta às razões de decidir atacadas, sequer as reproduzindo. Nessa linha, o precedente STF-MS 27350 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 04/06/2008.

Pelo seu acerto, portanto, adoto como razões de decidir os fundamentos da decisão agravada e **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.”

No julgamento dos posteriores embargos de declaração, assim se pronunciou a Turma:



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

“II) MÉRITO

Em embargos de declaração, alega o Reclamado que o acórdão regional tece mera presunção de culpa.

Sem razão o Embargante.

Em que pese a argumentação do Reclamado, o fato é que a dt. Turma, ao fundamentar sua decisão, levou em consideração o julgado do STF - ADC nº 16/DF, de 24.11.2010 -, que explicitou a possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública, desde que, no caso concreto, se constate a ausência de fiscalização no tocante ao cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária por parte da empresa terceirizante contratada, conforme divulgado no sítio do STF.

No caso concreto, consoante exposto na decisão embargada, o Reclamado, na condição de tomador de serviços, não cumpriu com o dever legal de vigilância (art. 58, III, da Lei de Licitações), porquanto deixou de fiscalizar a empresa terceirizante contratada quanto ao adequado pagamento dos haveres trabalhistas e previdenciários do Reclamante.

Nesse sentido, transcrevo trecho da decisão ora embargada:

À hipótese, é inteiramente aplicável a regra da responsabilidade objetiva da Administração, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, porquanto, da incúria do terceirizado, por error in eligendo ou error in vigilando, decorre a obrigação do poder público de indenizar os danos que seus agentes causaram a terceiros, por terem contratado mal (por exemplo, deixando de exigir a prestação de caução idônea das empresas no edital de licitação) **ou deixado de fiscalizar o cumprimento das obrigações da terceirizada em relação aos seus empregados.** E essa responsabilidade subsidiária, realço aqui, se dá no caso de terceirização lícita, porque, na ilícita, é mais do que pertinente considerar que a formação do vínculo, se pedida pelo interessado, se dará diretamente com o tomador particular dos serviços (como, inclusive, também afirma o próprio TST na Súmula 331, inc. I)

Além do mais, ante o princípio da aptidão para a prova, era do tomador de serviços o ônus de provar que fiscalizou a contento o pagamento correto das verbas trabalhistas devidas pelo prestador de serviços aos empregados, presumindo-se a culpa do ente público em caso de omissão, como determina, aliás, o *caput* do art. 67 e § 1º da Lei 8.666/93, *verbis*:

“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 anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados”.

Nesse sentido, transcrevo a seguinte decisão desta Corte sobre o tema:

“TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADCNº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, CAPUT E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADCNº 16-DF. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CULPA PRESUMIDA. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, caput e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa in vigilando na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADCnº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: -SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...)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 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-. No caso em tela, o Regional atribuiu expressamente à reclamante o encargo de demonstrar que o ente público para o qual prestou serviços não praticou os atos fiscalizatórios a que estava obrigado por lei, o que constitui, conforme já salientado, provanegativa e de natureza verdadeiramente -diabólica-, de produção praticamente impossível pela parte hipossuficiente. Portanto, o Tribunal de origem, ao assim decidir, aplicou mal o disposto nos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC, contrariando o entendimento desta Turma, segundo o qual compete à Administração Pública demandada o ônus de demonstrar haver praticado todos os atos administrativos de



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

fiscalização do adimplemento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados. Na hipótese dos autos, não consta, do acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa in vigilando, razão pela qual deve ser mantida a decisão em que se a condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. Recurso de revista conhecido e provido. RR - 156100-82.2009.5.01.0076 Data de Julgamento: 27/06/2012, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/08/2012. Grifei.

Se a fundamentação recursal não se insere em quaisquer das hipóteses previstas nos arts. 897-A da CLT e 535 do CPC, devem ser desprovidos os embargos de declaração.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos embargos de declaração.”

Contra tal decisão, houve a interposição de recurso extraordinário.

Após sobrestado o feito, a Vice-Presidência desta Corte determinou o retorno do processo a esta 3ª Turma para que exercesse, se fosse o caso, **juízo de retratação**, em observância ao art. 1.030, II, do CPC/2015, tendo em vista a rejeição dos embargos declaratórios interpostos contra o acórdão proferido nos autos da ADC nº 16-DF.

À análise.

Inicialmente, destaque-se que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir a ADC nº 16-DF, reverteu a interpretação sedimentada há duas décadas na jurisprudência trabalhista no sentido de que as entidades estatais – a exemplo das demais pessoas físicas e jurídicas – eram firmemente responsáveis por verbas contratuais e legais trabalhistas dos trabalhadores terceirizados na área estatal, caso houvesse inadimplemento por parte do empregador terceirizante (Súmula 331, antigo item IV, TST).



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

Para o STF, é necessária a efetiva presença de culpa *in vigilando* da entidade estatal ao longo da prestação de serviços (STF, ADC nº 16-DF).

Considerados tais parâmetros, é preciso perceber, no caso concreto, se o ente público agiu com culpa para a ocorrência do inadimplemento dos débitos trabalhistas. Se não resultar claramente evidenciada a ação ou omissão, direta ou indireta, na modalidade culposa, do agente público em detrimento do contrato administrativo para a prestação de serviços terceirizados, não há como identificar a responsabilidade da Administração Pública em relação às obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, à luz do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Insista-se que essa é a linha do entendimento atual do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF.

Em observância a esse entendimento da Corte Máxima, o TST alinhou-se à tese de que a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, mas apenas quando explicitada no acórdão regional a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora (artigos 58 e 67, Lei 8.666/93) - novo texto da Súmula 331, V, do TST.

Nesse quadro, a mera culpa *in eligendo* não autoriza, por si só, deduzir a responsabilidade do Poder Público pelos débitos inadimplidos pela empregadora, segundo o STF. A propósito, para a Corte Máxima, tendo sido a terceirização resultado de processo licitatório, não há que se falar em culpa *in eligendo*.

Também não há que se falar, em tais casos de terceirização, em responsabilidade objetiva, a teor da jurisprudência advinda da Corte Máxima.

Porém, naturalmente, se houver clara, inquestionável culpa da entidade estatal tomadora de serviços quanto à fiscalização da conduta da empresa terceirizada relativamente ao cumprimento de suas obrigações trabalhistas, incidirá a responsabilidade subsidiária, por força de outros preceitos legais, além do art. 71, *caput* e § 1º, da Lei



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

de Licitações. Havendo manifesta ou demonstrada culpa in vigilando, incidem preceitos responsabilizatórios concorrentes, tais como os artigos 58, III, 67, caput e § 1º, da Lei 8.666/93; e os artigos 186 e 927 do Código Civil.

Nesse contexto, o STF, ao julgar, com repercussão geral reconhecida, o RE-760.931/DF, confirmou a tese já explicitada na anterior ADC nº 16-DF, no sentido de que a responsabilidade da Administração Pública não pode ser automática, cabendo a sua condenação apenas se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos, tendo esta Corte, em vários julgamentos, compreendido que a decisão do STF comportava a interpretação de que o ônus de provar o descumprimento desse dever legal seria do trabalhador.

Este Relator sempre se posicionou no sentido de que:

a) não contraria a ADC nº 16 e o RE nº 760.931/DF a inversão do ônus probatório, com encargo da entidade estatal quanto à comprovação da fiscalização dos contratos; e

b) o descumprimento de obrigações básicas do contrato de trabalho pela empresa terceirizada configura conduta culposa da Administração Pública, que age com negligência quando observa meramente a execução do contrato de licitação firmado quanto às obrigações ajustadas com a empresa contratada, sem exigir a efetiva comprovação da regularidade de encargos trabalhistas imperiosos devidos aos obreiros terceirizados que lhe reverterem a força de trabalho.

Tal tese, contudo, havia sido superada pela interpretação dada à matéria no âmbito desta Terceira Turma, que realizava a seguinte interpretação da decisão do STF, no tocante à distribuição do encargo probatório: afirmando o TRT que o ônus da prova é da entidade estatal tomadora de serviços, não há como se manter a responsabilidade dessa entidade, uma vez que não se aplicaria, excepcionalmente, a tais processos, a teoria da inversão do ônus da prova nem os preceitos da legislação processual civil e da lei de proteção ao consumidor (art. 6º, VIII, da Lei 8.079/90). Em face disso, este Relator, transitoriamente, e com ressalva expressa de seu entendimento, conferiu efetividade à jurisprudência que se tornou dominante nesta 3ª Turma, inspirada por decisões do STF, inclusive em reclamações constitucionais,



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

afastando-se a responsabilidade subsidiária da entidade estatal tomadora de serviços.

Ocorre que a matéria foi submetida à apreciação da SBDI-1 do TST, nos autos do E-RR 925-07.2016.5.05.0281 (sessão de 12/12/2019), de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, que conheceu do recurso de embargos por divergência jurisprudencial; e, no mérito, por maioria, deu-lhe provimento para restabelecer o acórdão regional, definindo que: 1) a tese estabelecida pelo STF, no julgamento do RE nº 760.931, foi no sentido de que a ausência de fiscalização autoriza a responsabilização do Poder Público contratante; 2) após provocada a Corte Suprema sobre a questão do ônus da prova, em embargos de declaração, o desprovimento do recurso autoriza a conclusão de que cabe à Justiça do Trabalho a deliberação da matéria, dado o seu caráter eminentemente infraconstitucional. Em decorrência dessa compreensão, fixou a SBDI-1 do TST a tese de que **é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços.**

Confira-se a ementa de referida decisão:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. RATIO DECIDENDI. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE nº 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese, com 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”***. O exame da *ratio decidendi* da mencionada decisão revela, ainda, que a ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, autoriza a responsabilização do Poder Público. Após o julgamento dos embargos de declaração e tendo sido expressamente rejeitada a proposta de que fossem parcialmente acolhidos para se esclarecer que o ônus da prova desse fato pertencia ao empregado, pode-se concluir que cabe a esta Corte Superior a definição da matéria, diante de sua natureza eminentemente infraconstitucional. Nessa linha, a remansa e antiga



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

jurisprudência daquele Tribunal: AI 405738 AgR, Rel. Min. *Ilmar Galvão*, 1ª T., julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel. Min. *Cármem Lúcia*, 2ª T., julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Rel. Min. *Teori Zavascki*, 2ª T., julg. em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min. *Rosa Weber*, 1ª T., julg. em 02/12/2014; ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a): Min. *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, julg. em 11/11/2019. Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que **a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permitiu, por conseguinte que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa in vigilando.** Por esse fundamento e com base no **dever ordinário de fiscalização** da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, *caput* e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, **é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços.** No caso, o Tribunal Regional consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público são insuficientes à prova de que houve diligência no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia. A Egrégia Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual merece reforma a decisão embargada, a fim de restabelecer o acórdão regional. **Recurso de embargos conhecido e provido.**

Pontue-se que, no RE-760.931/DF, fora estipulada a tese, com repercussão geral (**tema 246**), 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 nº 8.666/93**" – decisão proferida na sessão de 26.04.2017 e publicada em 12.09.2017.

Em virtude da amplitude desse entendimento, em que se vedou a transmissão automática do dever de arcar com os encargos trabalhistas à entidade estatal – em razão da inadimplência pelo empregador direto –, foram opostos, nos autos do recurso extraordinário, **embargos de declaração** pela ABRASF, pelo Estado de São Paulo e pela União, em que pleitearam "a retirada da expressão 'automaticamente' da tese aprovada ou, alternativamente, o esclarecimento das hipóteses que ensejariam a transferência 'não automática' da responsabilidade pelos



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

encargos trabalhistas dos empregados terceirizados ao Estado". A ABRASF requereu também fosse registrada a necessidade de comprovação, pelo trabalhador, de que há nexo causal entre a conduta omissiva ou comissiva ilícita da Administração Pública e o dano sofrido pelo trabalhador. Por fim, a União questionou a declaração de limitação da tese à responsabilidade subsidiária, de modo a não haver margem para interpretações que porventura admitissem a imputação de responsabilidade solidária ao ente público.

Tais **embargos de declaração** foram desprovidos, recebendo o acórdão a seguinte 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. 3. Embargos de declaração rejeitados.

Infere-se, dessa decisão, portanto, que o Supremo Tribunal Federal não delimitou, na decisão do RE-760.931/DF, a questão atinente ao ônus da prova, circunstância que deve ser deliberada na esfera da Justiça do Trabalho, na análise dos casos concretos que lhe forem submetidos, até porque o tema tem natureza infraconstitucional.



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

A propósito, no julgamento dos embargos pela SBDI-1/TST, a matéria foi detidamente analisada, tendo aquela Subseção concluído que:

A questão jurídica pertinente ao ônus da prova não integrou a controvérsia originariamente levada à sua apreciação, o que ficou esclarecido no julgamento dos embargos de declaração.

Certamente assim o fez motivado pelo fato de ser matéria infraconstitucional, na linha de remansosa e antiga jurisprudência revelada pelos julgados que ora transcrevo, com destaques inseridos:

“ACÓRDÃO QUE DECIDIU CONTROVÉRSIA ACERCA DA DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DA PROVA COM BASE EXCLUSIVAMENTE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE. Hipótese em que ofensa à Carta da República, se existente, seria reflexa e indireta, não ensejando a abertura da via extraordinária. Incidência, ainda, das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo desprovido”. (AI 405738 AgR, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 12/11/2002, DJ 19-12-2002 PP-00082 EMENT VOL-02096-23 PP-05078);

“Processual. Tempestividade de recurso. Fundamento da decisão agravada inatacado. **Ônus da prova. Controvérsia infraconstitucional.** Ofensa indireta à CF. Reexame de fatos e provas (Súmula 279). Regimental não provido” (AI 439571 ED-AgR, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 03/02/2004, DJ 26-03-2004 PP-00021 EMENT VOL-02145-07 PP-01320);

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM, INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E DANOS MORAIS. 1. Necessidade de análise de **matéria infraconstitucional: ofensa constitucional indireta.** Precedentes. 2. Reexame de fatos e provas. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento”. (ARE 701091 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 21-09-2012 PUBLIC 24-09-2012);

“CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL E AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EFICÁCIA. ÔNUS DA PROVA.



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA 279/STF. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do STF, **o reexame da distribuição do ônus da prova é matéria infraconstitucional**. Sendo assim, o recurso extraordinário não é o meio processual adequado para o exame dos pressupostos fáticos para a definição do ônus da prova da eficácia do equipamento de proteção individual, a teor do óbice da Súmula 279/STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”). 2. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE 783235 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 18-08-2014 PUBLIC 19-08-2014);

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. **ÔNUS DA PROVA**. IMPUGNAÇÃO DOS CÁLCULOS DA CONTADORIA JUDICIAL. **DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 19.12.2013. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do que assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. Entender de modo diverso demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido”. (ARE 830441 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 16-12-2014 PUBLIC 17-12-2014);

“EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Certidão da dívida ativa. Inclusão dos sócios/administradores. Circunstâncias do art. 135 do CTN. **Ônus da prova. Questão infraconstitucional**. Necessidade de revolvimento de fatos e provas. Súmula 279/STF. 1.O Superior Tribunal de Justiça decidiu a controvérsia exclusivamente com base no art. 135, CTN. Assim, a afronta aos dispositivos constitucionais suscitados no recurso extraordinário seria, se ocorresse, indireta ou reflexa, o que é insuficiente para amparar o apelo extremo. 2. Para dissentir do que decidido na origem,



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

necessário seria o revolvimento do conjunto fático probatório, providência vedada, a teor da Súmula nº 279 do STF. 3. Agravo regimental não provido”. (ARE 877839 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 10-11-2015 PUBLIC 11-11-2015);

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Civil. 3. Contrato bancário. Inscrição em serviço de proteção ao crédito. Necessidade de reexame do acervo probatório. Súmula 279. 4. **Distribuição do ônus da prova. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição Federal.** Precedentes. 5. Fundamentação suficiente. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Agravo regimental a que se nega provimento”. (ARE 953883 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 02-12-2016 PUBLIC 05-12-2016);

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TEMA 13. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEI 8.620/93. CTN. OFENSA REFLEXA. SÚMULA 279. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. MULTA APLICADA. I – O STF considerou inconstitucional parte do art. 13 da Lei 8.620/93 (Tema 13 - RE 562.276). Essa matéria, portanto, será regulada pelo disposto no CTN. II – O acórdão recorrido se baseou no CTN, **em ônus da prova e em ausência de comprovação. Alegação de ofensa indireta ou reflexa à Constituição, inviável de ser analisada em recurso extraordinário, por demandar a interpretação de legislação infraconstitucional.** Pretensão que esbarra no óbice previsto na Súmula 279 do STF. III – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4º, do CPC).” (ARE 989497 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 06-12-2016 PUBLIC 07-12-2016);

“Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Direito Processual Civil. Reparação de danos. Erro médico. Ilegitimidade passiva. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. **Inversão do ônus da prova.** Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento na origem. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. **Não se presta o recurso extraordinário para a análise da legislação infraconstitucional,** tampouco para o reexame dos fatos e das provas constantes dos autos (Súmula nº 279/STF). 2.



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita”. (ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-264 DIVULG 03-12-2019 PUBLIC 04-12-2019).

Em consequência, ficará a cargo de definição por esta Corte, o que autoriza a revisão de sua jurisprudência, até porque muitos votos proferidos desde então consignam ressalvas de entendimentos dos Ministros que a integram, por considerarem que **o dever de fiscalização também é consequência direta da aplicação da citada Lei**, que a prevê de modo expresse nos artigos 58, III, e 67, *caput*.

Em consequência desses fundamentos, cabe à Justiça do Trabalho a resolução das matérias referentes à ocorrência de culpa do Poder Público na fiscalização do contrato administrativo e ao ônus de prova desse fator.

E, em face dessa atribuição à Justiça Trabalhista, a SBDI-1 dispôs que: o fato alegado como obstáculo à pretensão do obreiro - a existência de efetiva fiscalização - é impeditivo ao direito, o que atrai a incidência da regra prevista nos artigos 373, II, do CPC/2015, e 818, II, da CLT; ainda que se tratasse de fato constitutivo, a distribuição dinâmica do ônus da prova vincula a Administração Pública, que é *“quem possui mais e melhores condições de fazê-lo, tal como expressamente previsto no artigo 818, § 1º, da CLT (‘excessiva dificuldade de cumprir o encargo’), o que certamente não é do trabalhador, que sequer consegue ter acesso à documentação relativa à regularização das obrigações regulares decorrentes do contrato”*.

Este Relator sempre entendeu, enfatize-se, que compete ao Poder Público demonstrar que exerceu de forma efetiva e suficiente a fiscalização do contrato de terceirização, sobretudo no que tange ao cumprimento dos deveres trabalhistas, consistentes em



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

obrigações de cunho alimentar da pessoa humana que reverte sua força de trabalho em favor do tomador de serviços. Caso não se desonere desse encargo, deve arcar com as parcelas da condenação em caráter subsidiário. Pontue-se que o dever de fiscalização está até mesmo expresso, por exemplo, no art. 67, *caput*, e § 1º, da Lei de Licitações.

É importante destacar que esse novo posicionamento da SBDI-1 do TST se coaduna com a natureza das parcelas devidas em face do contrato de trabalho, bem como com a inviabilidade de exigir-se do trabalhador a produção de prova que diz respeito ao cumprimento de obrigações contratuais estabelecidas administrativamente entre o ente público e a empresa prestadora de serviços.

Assim, embora não haja responsabilidade automática da Administração Pública, em casos de contratação de empresas que inadimpliram verbas trabalhistas (nem, igualmente, culpa presumida em tais situações, segundo o STF), o encargo probatório para demonstrar que houve fiscalização do cumprimento dessas obrigações é da Administração Pública, pelo princípio da **aptidão para a prova**, segundo o qual o ônus probatório recai sobre a parte que se apresentar mais apta à sua produção, que tenha proximidade real e fácil acesso aos meios de provas (princípio aplicável ao processo do trabalho desde a Lei n. 8.078/1990, em seu art. 6º, VIII, por força do art. 769 da CLT; princípio, aliás, hoje expressamente incluído no novo § 1º do art. 818 da CLT).

Se não bastasse, a presença de fiscalização razoável e consistente é fato impeditivo do direito do autor, restando sob ônus probatório da defesa a comprovação de seus plenos zelo e exação quanto ao adimplemento de seu dever fiscalizatório (art. 818, II e § 1º, CLT; art. 373, II, CPC/2015; art. 333, II, CPC/1973).

Considerado o atual entendimento da SBDI do TST sobre a matéria, este Relator retoma seu posicionamento originário, no âmbito desta 3ª Turma, de que o ônus de prova quanto à efetiva fiscalização do contrato pertence à Administração Pública. Dessa forma, **não se desincumbindo desse encargo, deve o ente público ser responsabilizado subsidiariamente pela satisfação das parcelas trabalhistas não adimplidas pelo empregador.**



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

É preciso - reitere-se - deixar claro que, se a entidade estatal fizer prova razoável e consistente, nos autos, de que exerceu, adequadamente, o seu dever fiscalizatório, não pode ocorrer a sua responsabilização, pois isso configuraria desrespeito à jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, inclusive, já se posicionou esta 3ª Turma, como ilustram os seguintes acórdãos, de minha lavra, divulgado no DEJT de 06.02.2020: AIRR-11329-06.2015.5.01.0042, AIRR-16236-51.2016.5.16.0016 e AIRR-20281-13.2015.5.04.0002.

No caso concreto, a Corte de origem foi clara ao consignar ser "é inteiramente aplicável a regra da responsabilidade objetiva da Administração, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, porquanto, da incúria do terceirizado, por error in eligendo ou error in vigilando, decorre a obrigação do poder público de indenizar os danos que seus agentes causaram a terceiros, por terem contratado mal (por exemplo, deixando de exigir a prestação de caução idônea das empresas no edital de licitação) **ou deixado de fiscalizar o cumprimento das obrigações da terceirizada em relação aos seus empregados**. E essa responsabilidade subsidiária, realço aqui, se dá no caso de terceirização lícita, porque, na ilícita, é mais do que pertinente considerar que a formação do vínculo, se pedida pelo interessado, se dará diretamente com o tomador particular dos serviços (como, inclusive, também afirma o próprio TST na Súmula 331, inc. I)" - premissa fática incontestada à luz da Súmula 126/TST.

Consequentemente, em face de a decisão do TRT estar em consonância com o atual posicionamento desta Corte sobre a matéria, mantém-se o acórdão regional, razão pela qual não há como se proceder ao juízo de retratação previsto no art. 1.030, II, do CPC/2015, devendo ser mantida a decisão proferida anteriormente por esta 3ª Turma.

Pelo exposto, **MANTENHO** a decisão já proferida por esta 3ª Turma e **DETERMINO** a devolução dos autos à Vice-Presidência deste Tribunal Superior do Trabalho, a fim de que prossiga no exame de admissibilidade do recurso extraordinário, como entender de direito.

ISTO POSTO



PROCESSO Nº TST-AIRR-723-11.2010.5.06.0411

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, à unanimidade: I - manter a decisão que negou provimento ao agravo de instrumento; II - não promovido o juízo de retratação de que trata o art. 543-B, § 3º, do CPC, devolver os autos à Vice-Presidência deste Tribunal Superior do Trabalho, a fim de que prossiga no exame de admissibilidade do recurso extraordinário, como entender de direito.

Brasília, 9 de junho de 2021.

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

MAURICIO GODINHO DELGADO
Ministro Relator