



PROCESSO N° TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

A C Ó R D ã O
2ª Turma
GMJRP/rm/vm/li

RECURSO DE REVISTA.

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI N° 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N° 16-DF E NO JULGAMENTO DO RE N° 760.931-DF (TEMA N° 246 DA REPERCUSSÃO GERAL). SÚMULA N° 331, ITEM V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 16-DF, é constitucional o artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei n° 8.666/93), na redação que lhe deu o artigo 4º da Lei n° 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 essa 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 Supremo Tribunal Federal, 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



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os artigos 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 artigos 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do artigo 8º, § 1º, da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante. Tudo isso foi consagrado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar a Súmula nº 331, atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo o item V, nos seguintes 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”** (destacou-se). Por ocasião do julgamento do RE nº 760.931-DF, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese de repercussão geral: **“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”**. Em embargos de declaração, a Suprema Corte limitou-se a reafirmar o entendimento de que **“a responsabilidade não**



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

é automática, conforme preconizou o legislador infraconstitucional, no artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, mas não pode o poder público dela eximir-se quando não cumpriu o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços”. Reiterou que não cabe a automática responsabilidade da Administração Pública, não obstante essa mesma responsabilidade possa ser reconhecida nos casos concretos em que comprovada a omissão fiscalizatória do ente público. Deliberou, ainda, que a questão de haver ou não prova específica da existência de culpa do ente público será definida nas instâncias ordinárias da Justiça do Trabalho, cujo pronunciamento é soberano em matéria fático-probatória. Necessário, portanto, que se identifiquem, em cada processo e de forma particularizada, elementos fáticos e jurídicos capazes de caracterizar a culpa da Administração Pública pela omissão fiscalizatória a que está obrigada na contratação de serviços terceirizados, nos termos da Lei nº 8.666/93, aspecto não enfrentado pelo Regional nestes autos, o que impossibilita a segura adequação do caso concreto, ora em discussão, às implicações jurídicas advindas da terceirização na Administração Pública, conforme as diretrizes traçadas pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista a natureza extraordinária do apelo manejado. Isso porque, tendo em vista a limitação da cognição extraordinária aos fatos já consignados na decisão regional, em estrita obediência ao disposto na Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho, é imperativa a análise explícita pelos Tribunais Regionais do quadro fático à luz da responsabilidade subjetiva. Por consequência, necessário o retorno dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho de origem



PROCESSO N° TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

para que se manifeste sob o enfoque específico da culpa *in vigilando* do Poder Público à luz do quadro fático-probatório dos autos. Recurso de revista **conhecido e parcialmente provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-763-64.2011.5.04.0006**, em que é Recorrente **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** e Recorrido **LEANDRO VLADIMIR DA SILVA** e **FORÇA ESPECIAL DE SEGURANÇA LTDA..**

O agravo de instrumento interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul foi provido na sessão de 10/06/2020 para determinar o processamento do recurso de revista.

É o relatório.

V O T O

I - JUÍZO DE RETRATAÇÃO

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI N° 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. POSSIBILIDADE. QUESTÃO DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 760.931-DF. TEMA N° 246 DO EMENTÁRIO TEMÁTICO DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sobre o tema, manifestou-se o Regional:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A sentença reconheceu a responsabilidade subsidiária do recorrente pelas parcelas deferidas ao autor em decorrência do contrato de trabalho mantido com a primeira reclamada.

O recorrente sustenta ter contratado a primeira reclamada por meio de processo licitatório, não lhe podendo ser atribuída responsabilidade



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

subsidiária, mormente quando a obrigação legal é fiscalizar o cumprimento apenas do contrato de prestação de serviços. Aduz que a sentença afronta o disposto no art. 71 da Lei 8.666/93 e nos arts. 5º, II, 22, XXVII, 37, caput e XXI, e 48, da CR, assim como a Súmula Vinculante nº 10 do STF.

Sem razão o recorrente.

O reclamante foi contratado em 24 de dezembro de 2010 pela empresa Força Especial de Segurança, primeira reclamada, para trabalhar como vigilante, tendo se afastado em 23 de abril de 2009, mediante pedido de demissão.

É incontroverso que o autor prestou serviços em benefício do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, segundo reclamado, em virtude de contrato de prestação de serviços que este manteve com a primeira reclamada, vigente durante todo o período do contrato de trabalho (fls. 91/105).

A situação retratada nos autos atrai a incidência do disposto no item IV da Súmula nº 331 do TST, na medida em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foi beneficiado pelo trabalho prestado pelo reclamante, caracterizando-se como tomador dos serviços.

A responsabilidade do tomador de serviços integrante da Administração Pública frente à integralidade dos créditos do trabalhador empregado de empresa terceirizada decorre da sua culpa *in vigilando*, diante do dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes da relação de trabalho da qual foi beneficiário direto.

Não fosse a responsabilização da Administração, tornar-se-ia letra morta a valorização social do trabalho, fundamento da República, restando desamparado o trabalhador, único prejudicado.

Refiro, por oportuno, que o art. 71 da Lei de Licitações - que dispõe que o contratado é o "responsável pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato" - não tem o condão de eximir o ente público de responsabilização, quando o mesmo não exerce o dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas, eis que esta, consoante já aludido, decorre de sua culpa *in vigilando* e *in eligendo*. De resto, impende esclarecer que tal entendimento baseia-se na responsabilidade assumida pelo 2º réu quando celebrou convênio com o primeiro, na forma do art. 186 do Código Civil.

Assim, aplicável à espécie o entendimento contido na Súmula 331, IV do TST, sendo subsidiária a responsabilidade do ente público pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador. Saliento que a adoção da Súmula nº 331 do TST, apenas encerra uma posição jurisprudencial, o que não implica, com isso, afronta a dispositivos legais e constitucionais.

Destaco, ainda, a orientação jurisprudencial consubstanciada na Súmula nº 11 deste TRT:

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEI Nº 8.666/93. A norma do art. 71, parágrafo 1º, da lei



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

nº 8.666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária das entidades da administração pública, direta e indireta, tomadoras dos serviços".

A responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços alcança toda e qualquer parcela deferida na sentença e que decorra da eficácia da relação jurídica mantida entre o reclamante e a obrigada principal, incluindo-se aí o pagamento das verbas rescisórias, inclusive das multas dos arts. 467 e 477, § 8º, da CLT. Tanto que a nova redação da Súmula 331, aprovada em 24.05.2011, introduziu o inciso VI, nos seguintes termos: "*A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação*".

A propósito do tema, a Súmula nº 47, deste Tribunal:

MULTAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. O tomador de serviços é subsidiariamente responsável pelas multas dos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT, inclusive se for ente público.

Por fim, considerando que o contrato de prestação de serviços vigorou por todo o contrato de trabalho e ausente prova de que não tenha o recorrente se beneficiado dos serviços do reclamante na totalidade do período, descabe a limitação pretendida pelo recorrente.

Ante os fundamentos expostos, nego provimento ao recurso e mantenho a sentença pelos seus próprios fundamentos." (págs. 319-322)

A Segunda Turma desta Corte manteve a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, mediante os seguintes fundamentos ora sintetizados:

“Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no 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 era de seu exclusivo *onus probandi* e 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*, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação.

O Tribunal Regional consignou que “a responsabilidade do tomador de serviços integrante da Administração Pública frente à integralidade dos créditos do trabalhador empregado de empresa terceirizada decorre da sua culpa *in vigilando*, diante do dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes da relação de trabalho da qual foi beneficiário direto” (pág. 320).” (pág. 455)



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

Discute-se se a questão *sub judice* está, ou não, vinculada à *ratio decidendi* da controvérsia constitucional objeto do Processo nº RE nº 760.931-DF e ao disposto no Tema nº 246 do Ementário Temático de Repercussão Geral da Suprema Corte, bem como se cabe a esta Turma exercer o Juízo de retratação.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF, processo apreciado mediante o critério de repercussão geral, firmou tese de que “o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93” (RE 760.931-DF, Relator p/acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe-206, divulgação 11/9/2017, publicação 12/9/2017).

Consignou o entendimento de que não cabe a automática responsabilidade da Administração Pública, não obstante essa mesma responsabilidade possa ser reconhecida nos casos concretos em que comprovada a omissão fiscalizatória do ente público.

Deliberou, ainda, que a questão de haver ou não prova específica da existência de culpa do ente público será definida nas instâncias ordinárias da Justiça do Trabalho, cujo pronunciamento é soberano em matéria fático-probatória. Trata-se, portanto, de controvérsia a ser esgotada nas instâncias ordinárias, após o exame circunstanciado do caso concreto, infensa, portanto, à reavaliação em sede extraordinária.

A esse respeito, o Ministro Dias Toffoli ressaltou que as provas devem ser examinadas na instrução processual e que, para o cabimento da reclamação constitucional, faz-se necessário o exaurimento das vias recursais ordinárias:

“É por isso que eu proponho que, na tese a ser fixada, fique claro que só caberá reclamação constitucional com base nesses paradigmas após o esgotamento das instâncias na Justiça do Trabalho, em consonância com a regra do art. 988, §5º, II, do CPC.” (STF, inteiro teor do acórdão, págs. 254 e 255 de 355)



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

O Ministro Luiz Fux reiterou a preocupação sobre a necessidade de se exaurir a matéria fática nas instâncias ordinárias, em face do que preconiza o artigo 988, § 5º, do CPC/2015:

"§ 5º É inadmissível a reclamação:

(...)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias."

E corroborou a proposta de elaboração de uma tese "minimalista", isso porque a comprovação ou não da culpa da Administração Pública na fiscalização do fiel cumprimento do contrato administrativo é matéria não cognoscível em recurso extraordinário:

"Então, o Ministro Marco Aurélio tem razão quando diz: o minimalismo nessa hora resolve. Por quê? Porque nós também não vamos poder conhecer matéria de fato, se comprovou culpa ou se não comprovou culpa. Isso é matéria não cognoscível em sede de recurso extraordinário." (STF, inteiro teor do acórdão, págs. 339 de 355)

Formou-se, no curso dos debates, um consenso mínimo de que a tese a ser fixada para o julgamento de casos semelhantes deve exprimir, como regra, a não responsabilização do Poder Público. Não obstante, no exame de cada caso concreto e nas instâncias adequadas, o Poder Judiciário apreciará a culpa.

Assim, conforme já registrado, vencidos os Ministros Rosa Weber, Relatora originária, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso e Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 26/4/2017, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, redator do acórdão, fixou a seguinte tese de repercussão geral no Tema nº 246: "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".

Em resposta aos embargos de declaração interpostos pela União e por dois *amici curiae*, também por maioria, vencidos os



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

Ministros Luiz Fux (Relator nos embargos de declaração), Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes e nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, a Suprema Corte limitou-se a reafirmar o entendimento de que “a responsabilidade não é automática, conforme preconizou o legislador infraconstitucional, no artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, mas não pode o poder público dela eximir-se quando não cumpriu o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços” (RE nº 760.931-DF, ED Relator p/acórdão: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. DJe-194, divulgação 5/9/2019, publicação 6/9/2019).

Na oportunidade de julgamento dos embargos de declaração, prevaleceu o voto do Ministro Edson Fachin, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, ao fixar a tese de repercussão geral no Tema nº 246, optou por uma redação “minimalista”, sem enfrentar particularidades, a exemplo de a quem caberia o ônus da prova sobre a omissão fiscalizatória do ente público.

Não obstante, os Ministros da Suprema Corte expressamente reafirmaram a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, já declarada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, bem como afastaram, de uma vez por todas, a possibilidade de responsabilização automática da Administração Pública, posicionamento que se harmoniza com a atual redação da Súmula nº 331, item V, do Tribunal Superior do Trabalho, que reconhece a responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta apenas nos casos em que evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93 (Res. nº 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/5/2011).

Necessário, portanto, que se identifiquem, em cada processo e de forma particularizada, elementos fáticos e jurídicos capazes de caracterizar a culpa da Administração Pública pela omissão fiscalizatória a que está obrigada na contratação de serviços terceirizados, nos termos da Lei nº 8.666/93, aspecto não enfrentado pelo Regional nestes autos, o que impossibilita a segura adequação do caso concreto, ora em discussão, às implicações jurídicas advindas da terceirização na Administração Pública, conforme as diretrizes traçadas pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista a natureza extraordinária do apelo manejado.



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

Cabe ao Regional, instância soberana na análise dos elementos de prova dos autos, identificar e expressamente se manifestar sobre a existência (ou não) da conduta omissiva da Administração Pública configuradora de sua culpa *in vigilando* no processo em julgamento, pressuposto necessário para que se imponha a respectiva condenação.

Não há dúvidas, portanto, de que a mera inadimplência da empresa prestadora dos serviços terceirizados não caracteriza, por si só, a culpa da Administração Pública. Necessária a demonstração de que houve omissão fiscalizatória para que se reconheça a responsabilidade do Poder Público ou, sob outra vertente, o afastamento dessa mesma responsabilidade diante da comprovada fiscalização ou diante de qualquer outra circunstância fática que isente o Poder Público da culpa *in vigilando* na relação jurídica firmada sob a égide da Lei nº 8.666/93.

Por consequência, o Tribunal Superior do Trabalho, ao manter a decisão regional em que se condenou subsidiariamente a Administração Pública sem o necessário enfrentamento de aspectos fáticos e probatórios, dissentiu da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema nº 246 do Ementário Temático de Repercussão Geral.

Desse modo, a Segunda Turma **exerce o Juízo de retratação** previsto no artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil.

II - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA *IN VIGILANDO* DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16-DF E NO JULGAMENTO DO RE Nº 760.931-DF (TEMA Nº 246 DA REPERCUSSÃO GERAL). SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

A Vice-Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no despacho de págs. 348-350, denegou seguimento ao recurso

Firmado por assinatura digital em 25/11/2020 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

de revista interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, segundo reclamado, porque não preenchidos os pressupostos de admissibilidade previstos nas alíneas "a" e "c" do artigo 896 da CLT, alicerçando-se nos seguintes fundamentos:

“PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso.

Regular a representação processual - OJ 52/SDI-I/TST.

Isento de preparo - art. 790-A da CLT e DL 779/69.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA/SUBSIDIÁRIA / TOMADOR DE SERVIÇOS/TERCEIRIZAÇÃO / ENTE PÚBLICO.

Alegação(ões):

- contrariedade à Súmula Vinculante 10/STF.

- violação dos arts. 22, XXVII c/c 48, 37, "caput", 97, entre outros da CF.

- violação dos arts. 265 do CC; 70 e 71, §1º, da Lei 8.666/93, entre outros.

- divergência jurisprudencial.

A Turma manteve a declaração da responsabilidade subsidiária do segundo reclamado, Estado do Rio Grande do Sul, tomador de serviços, pelos créditos trabalhistas reconhecidos ao autor, conforme fundamentos sintetizados na ementa: *"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A atribuição de responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços integrante da Administração Pública frente à integralidade dos créditos decorrentes do contrato de trabalho de que foi beneficiário decorre da presença de culpa in vigilando, pois se trata de responsabilidade extracontratual com origem na inadimplência da empresa prestadora de serviços. Hipótese em que o ente público não comprovou ter fiscalizado a execução do contrato mantido com a prestadora, estando caracterizada culpa in vigilando."* (Relator: Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa).

Possível o enfrentamento da alegação de contrariedade à Súmula Vinculante 10 do STF, pois o advento da súmula vinculante no ordenamento jurídico pátrio é posterior à redação do artigo 896 da CLT, além do que os termos da Lei 11.417/2006 aplicam-se a todas as decisões judiciais, conceito que sem dúvida abrange o despacho de admissibilidade de recurso de revista. Todavia, entendendo por ora inviável o recebimento do recurso por tal fundamento, na linha do decidido pela SDI-I do TST no sentido de que *a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, bem como a explicitação do alcance da Súmula 331, IV, do TST pelo Supremo Tribunal Federal, (...) culmina, em última análise, por pacificar eventual discussão acerca da reserva de plenário (art. 97 da Carta Política e Súmula*



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

Vinculante 10/STF) (RR - 69400-77.2009.5.03.0002 - Fase Atual: Ag-E, Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DEJT 01/04/2011).

Ressalto, por oportuno, que a mesma SDI-I daquela Corte, também posteriormente ao julgamento da ADC 16 pelo STF, esclareceu que a referida Súmula 331 *não diz respeito à adequação constitucional do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, (...) constitucionalidade de resto reconhecida pelo Pretório excelso, em decisão que remete ao exame casuístico, tendo em vista o dever indeclinável do ente contratante de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora do serviço* (RR - 27100-54.2007.5.15.0126 - Fase Atual: E, Relator: Ministro Horácio Senna Pires, DEJT 18/02/2011), entendimento este, de resto, ratificado pela edição do item V daquela Súmula.

No mesmo sentido é a posição atualmente dominante nas Turmas do TST: AIRR - 65540-47.2001.5.15.0121; AIRR - 140140-41.2008.5.08.020; AIRR - 340740-35.2008.5.12.0050; AIRR - 3694-27.2010.5.10.0000; AIRR - 21740-68.2009.5.14.0071; AIRR - 48540-54.2009.5.23.0081; AIRR - 23040-47.2009.5.03.0079; AIRR - 5544-68.2010.5.01.0000.

De outro norte, ante à constatação da culpa in vigilando do ente público tomador dos serviços, a Turma decidiu em sintonia com a Súmula 331, V, do TST, o que inviabiliza o seguimento do recurso. Por oportuno, transcrevo o aludido verbete: **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 (...) 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.** - Grifei.

CONCLUSÃO

Nego seguimento.” (págs. 248-350)

Em agravo de instrumento, a parte repisa os fundamentos trazidos no seu recurso de revista.

Argumenta que a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas é exclusiva da empresa contratada e que a Súmula nº 331 do TST não prevalece sobre os artigos 70 e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Ressalta que o contrato foi celebrado mediante licitação regular e que não houve fraude nem cumplicidade. Diz que não há também culpa *in vigilando*, uma vez que a fiscalização prevista em lei refere-se somente ao objeto do contrato.



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

Entende que, diante do julgamento da ADC nº 16 pelo STF, que declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a decisão regional desrespeitou a Súmula Vinculante nº 10 do STF.

Alega violação dos artigos 6º, inciso II, 70 e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, 5º, inciso II, 21, inciso XXIV, 37, caput, e 97 da Constituição Federal, 265 do Código Civil, contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 do STF e à Súmula nº 331 do TST.

Ao exame.

No tocante à responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas da empresa contratada que lhe forneceu mão de obra terceirizada, é preciso, antes de tudo, estabelecer se é suficiente para afastar sua condenação como responsável subsidiário por essas obrigações trabalhistas o disposto de forma expressa no *caput* e no § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 (na redação que lhe deu o artigo 4º da Lei nº 9.032/95), no sentido de que a empresa contratada é responsável pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato administrativo, e sua inadimplência não transfere à Administração Pública a responsabilização por seu pagamento.

Como se sabe, há muito a jurisprudência consolidada desta Corte, por meio do item IV de sua Súmula nº 331 (cuja redação atual resultou do que se decidiu na Sessão do Tribunal Pleno de 11/9/2000, por ocasião do julgamento unânime do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96), consagrou o entendimento de que, apesar daquele artigo da Lei de Licitações ali expressamente citado, a responsabilidade subsidiária existirá quando houver o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que o ente público tenha participado da relação processual e, em consequência, tenha sido incluído no título executivo judicial.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em sua sessão de 24/11/2010, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, houve por bem, por maioria (vencido em parte o Ministro Carlos Ayres Britto), considerar constitucional o citado artigo 71 da Lei nº 8.666/93, de modo a vedar, expressamente, a automática responsabilização do ente público contratante da empresa fornecedora de mão de obra pelos



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

débitos trabalhistas devidos por esta última, na condição de empregadora dos trabalhadores terceirizados, nos casos de mero inadimplemento dessas obrigações pelo vencedor da correspondente licitação.

Porém, como se demonstrará a seguir, esse julgamento não impediu, de forma mecânica e absoluta, que, em determinados casos e sob certas circunstâncias, a Administração Pública contratante continue a ser condenada a responder, de forma subsidiária, pelo pagamento das obrigações trabalhistas do empregador por ela contratado, mesmo após regular licitação e nas terceirizações lícitas.

Com efeito, como se extrai da transcrição dos votos dos Senhores Ministros proferidos naquela sessão (vídeo da sessão plenária do STF, dia 24/11/2010, 2º bloco, disponível em <http://videos.tvjustica.jus.br/>, acesso em 13/12/2010, *apud* VIANA, Márcio Túlio, DELGADO, Gabriela Neves e AMORIM, Helder Santos, "Terceirização - aspectos gerais - a última decisão do STF e a Súmula nº 331 - novos enfoques", LTr 75-03, p. 282-295, esp. p. 291-292), o Supremo Tribunal Federal, ao se referir aos casos de terceirização lícita na Administração Pública, também deixou expresso seu entendimento de que aquele dispositivo de lei não afasta a possibilidade de a Justiça do Trabalho, no julgamento de cada caso concreto e com base nos fatos da causa, responsabilizar subsidiariamente o ente público contratante pelo pagamento das obrigações trabalhistas, caso fique comprovado que agiu com culpa *in vigilando*, ao não fiscalizar o adimplemento daqueles direitos pelo seu devedor principal - o empregador contratado.

Exatamente nesse sentido, foi o pronunciamento do Ministro Relator Cezar Peluso, nos seguintes e expressivos termos:

“Eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, e se o tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o tribunal não pode nesse julgamento impedir que a justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração”.

Dando prosseguimento ao debate da questão, o mesmo Relator foi ainda mais incisivo ao reconhecer o acerto das decisões do Tribunal Superior do Trabalho e imputar, em certos casos e sob certas



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

circunstâncias, responsabilidade subsidiária ao ente da Administração Pública contratante, apesar do preceito exposto do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, pelos seguintes fundamentos:

“Eu só quero dizer o que eu estou entendendo (...) a postura da Justiça do Trabalho. Ela tem dito o seguinte: realmente, a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então esse dispositivo é constitucional. MAS ISSO NÃO SIGNIFICA QUE EVENTUAL OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA OBRIGAÇÃO DE FISCALIZAR AS OBRIGAÇÕES DO CONTRATADO NÃO GERE RESPONSABILIDADE À ADMINISTRAÇÃO. É outra matéria, são outros fatos, examinados à luz de outras normas constitucionais. Então, em outras palavras (...), nós não temos discordância sobre a substância da ação, eu reconheço a constitucionalidade da norma. Só estou advertindo ao tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos (...)” (destacou-se) .

Na mesma ocasião e seguindo o entendimento do Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski foi igualmente claro a esse respeito:

“Eu tenho acompanhado esse posicionamento do Ministro Cezar Peluso no sentido de CONSIDERAR A MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL, PORQUE REALMENTE ELA É DECIDIDA SEMPRE NO CASO CONCRETO, SE HÁ CULPA OU NÃO. Nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade (...), que são empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais que participam de licitações milionárias e essas firmas depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático e ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre no caso? Há claramente, ESTÁ CLARAMENTE CONFIGURADA A ‘CULPA IN VIGILANDO’ E ‘IN ELIGENDO’ DA ADMINISTRAÇÃO, e aí, segundo o TST, incide ou se afasta, digamos assim, esse art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666.” (destacou-se)

Essa mesma preocupação com as consequências desastrosas que poderiam advir de um julgamento que afastasse de forma absoluta e automática toda e qualquer responsabilidade do ente público pelos direitos trabalhistas de seus trabalhadores terceirizados, em caso de inadimplemento do empregador e devedor principal, caso não fiscalizado



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

por seu contratante, foi incisivamente exposta pelo Ministro Gilmar Mendes, no voto que proferiu na ocasião, *in verbis*:

“Bem verdade que os conflitos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, os responsáveis pelas contas dos municípios, que haja realmente fiscalização, PORQUE REALMENTE O PIOR DOS MUNDOS PODE OCORRER PARA O EMPREGADO QUE PRESTA O SERVIÇO. A empresa recebeu, certamente recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares, então essa decisão continua posta. Foi o que o TST de alguma forma tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a idéia da súmula, MAS QUE HAJA ESSA ‘CULPA IN VIGILANDO’ É FUNDAMENTAL (...). Talvez aqui reclame-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm que fiscalizar, QUE INICIALMENTE SÃO OS ÓRGÃOS CONTRATANTES, e depois os órgãos fiscalizadores, DE MODO QUE HAJA TALVEZ ATÉ UMA EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE SE FEZ O PAGAMENTO, O CUMPRIMENTO, PELO MENOS DAS VERBAS ELEMENTARES, O PAGAMENTO DE SALÁRIO, O RECOLHIMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E DO FGTS.” (destacou-se)

No prosseguimento dos debates naquele julgamento, o Ministro Relator Cezar Peluso, ao responder ao argumento de que seria ilegal atribuir responsabilidade à Administração Pública pelo pagamento desses débitos trabalhistas diante da literalidade do § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações, foi ainda mais claro e incisivo sobre essa possibilidade, sob certas circunstâncias concretas, verificadas caso a caso:

“V. Exa. está acabando de demonstrar que a Administração Pública é obrigada a tomar uma atitude que, quando não toma, constitui inadimplemento dela. É ISSO QUE GERA A RESPONSABILIDADE QUE VEM SENDO RECONHECIDA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO, NÃO É A CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. A norma é sábia, ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer, independentemente da constitucionalidade da lei.” (destacou-se)



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

Da clareza desses fundamentos, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em composição plenária, a ADC nº 16-DF, com um único voto vencido, realmente considerou constitucional o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e também o considerou contrário à Súmula Vinculante nº 10 e ao artigo 97 da Constituição o antigo item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (por haver afastado a aplicação daquele preceito legal com base em fundamentos e critérios de origem constitucional, sem haver examinado e declarado a inconstitucionalidade daquela norma, em incidente para tanto suscitado, nos termos e na forma dos artigos 948 a 950 do CPC/2015), vedando que a Justiça do Trabalho, exclusivamente com base naquele entendimento sumulado, atribuisse, de forma automática e absoluta, à Administração Pública contratante responsabilidade subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas pelo contratado, em terceirizações lícitas decorrentes de regular licitação.

Em outras palavras, ali realmente se considerou que, por força daquele dispositivo da Lei de Licitações atualmente em vigor, o puro e simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador contratado pelo ente público não enseja a responsabilidade deste último por seu pagamento, mesmo que de forma subsidiária, sem que seja verificada a existência, em cada caso concreto, de quaisquer outros elementos fáticos e jurídicos capazes de caracterizar a existência de culpa específica e comprovada da Administração Pública.

Contudo, naquela mesma decisão, em sua íntegra dotada de eficácia contra todos e efeitos vinculantes (artigo 102, § 2º, da Constituição Federal), também se decidiu, de forma igualmente expressa, que a constitucionalidade desse preceito legal não impede que seja ele interpretado de forma sistemática com outros dispositivos de leis e da Constituição Federal que, por sua vez, continuam a impor à Administração Pública, quando utilizar de modo contínuo mão de obra terceirizada, o dever de licitar e de fiscalizar, de forma plena e eficaz, a execução do contrato administrativo de prestação de serviços, até mesmo quanto ao pleno e oportuno cumprimento das obrigações trabalhistas.

Em consequência, absolutamente não foi descartado naquele julgamento - tendo sido, na verdade, expressamente salientado



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

- que continua perfeitamente possível que a Justiça do Trabalho, ao julgar casos concretos como este e à luz do conjunto fático-probatório neles delineado, continue a imputar ao ente público tomador daqueles serviços terceirizados a responsabilidade subsidiária por aquelas obrigações inadimplidas pelo devedor principal, em virtude da presença de culpa *in eligendo* (na excepcional hipótese de demonstração de irregularidades no procedimento licitatório) ou de culpa *in vigilando* (pela simples omissão do ente público de, no curso e ao término da execução daquele contrato, não ter fiscalizado, como deveria e como lhe era perfeitamente possível, o cumprimento das normas trabalhistas pelo contratado e não haver tomado as providências capazes de prevenir aquela inadimplência).

O que, então, decidiu o Supremo Tribunal Federal foi que o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 afasta a responsabilidade contratual da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas relativas aos empregados do particular que foi selecionado e contratado em decorrência da correspondente licitação, pela simples condição de celebrante daquele contrato administrativo. Ou seja, o ente público jamais poderá, automaticamente, ser considerado o devedor principal daqueles trabalhadores.

Porém, por força da incidência simultânea e sistemática de outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis às relações jurídicas decorrentes daquela contratação, será sempre possível apurar, por meio do exame dos elementos fático-probatórios constantes de cada processo, a existência de conduta dolosa ou culposa da Administração Pública, mesmo que apenas omissiva, que justifique que lhe seja atribuída responsabilidade subjetiva extracontratual, patrimonial ou aquiliana pelos danos por ela causados.

Aplicando-se tudo o que ali ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito contra todos e eficácia vinculante a casos como este, é preciso, antes de mais nada, afirmar que a decisão condenatória em que se atribui responsabilidade subsidiária ao ente público contratante pelo pagamento dos débitos trabalhistas da empregadora - litisconsorte - prescinde, para sua manutenção, da aplicação da antiga redação do item IV da Súmula nº 331 do Tribunal



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

Superior do Trabalho, o que ora se afasta, em direto cumprimento do que foi decidido na ADC nº 16-DF.

Como, porém, as súmulas não vinculantes como a ora citada não constituem fontes autônomas de Direito, mas sim mera consolidação do entendimento jurisprudencial predominante do Tribunal que as tenham editado a respeito da interpretação e da aplicação das normas do ordenamento jurídico aplicáveis às lides delas objeto, é forçoso concluir que continua sendo perfeitamente possível examinar o dissídio individual em questão, à luz das normas constitucionais e legais que lhe sejam pertinentes, como se fará a seguir.

Antes disso, contudo, é indispensável repelir enfaticamente a alegação, por vezes utilizada pelos entes públicos demandados em ações trabalhistas como esta, de que sua condenação a responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas dos particulares por eles contratados para fornecer trabalhadores terceirizados significaria afronta ao artigo 5º da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (nova denominação dada pela Lei nº 12.376/2010 à Lei de introdução ao Código Civil brasileiro) e ao artigo 8º, *caput*, da CLT, por pretensamente privilegiar os interesses meramente privados e patrimoniais destes e de seus empregados em detrimento do interesse público de toda a sociedade, que estaria sendo obrigada, pela Justiça do Trabalho, a suportar novamente um custo que já estaria embutido no preço dos serviços contratados por meio do correspondente contrato administrativo. Nada mais equivocado, no entanto!

É que não se pode esquecer, antes de qualquer coisa, que essas obrigações trabalhistas, embora em sua quase totalidade tenham natureza pecuniária, são muito mais do que isso: são direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados (especialmente no artigo 7º da Norma Fundamental em vigor) e que desempenham a relevantíssima função extrapatrimonial de, por seu caráter inquestionavelmente alimentar, assegurar a vida e a subsistência dignas daqueles trabalhadores e de suas famílias. Por isso mesmo, portanto, devem receber uma tutela jurisdicional diferenciada e, na escala de valores e direitos em confronto, deve ser-lhes atribuído um peso necessariamente maior que o interesse público meramente secundário do



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

ente público contratante de não ser subsidiariamente condenado a pagar aqueles débitos trabalhistas (sempre com preservação da possibilidade de se ressarcir plenamente do pagamento por meio da correspondente ação regressiva que poderá - e deverá - ajuizar contra o devedor principal por ela contratado).

Exatamente por isso, aliás, não se pode afirmar que a Administração Pública que se beneficiou da força de trabalho dos trabalhadores terceirizados possa ficar indiferente à sua sorte; tampouco que, à luz dos valores e princípios em tensão e diante do paradigma do Estado Democrático de Direito constitucionalmente adotado em nosso país a partir de 1988, o interesse público primário da Administração Pública, em casos como esse, seja deixar ao desamparo estes trabalhadores terceirizados - muito ao contrário! A vingar a tese da pura e simples irresponsabilidade da Administração Pública em casos em que essa se omitiu do seu dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas por ela contratadas para o fornecimento de trabalhadores terceirizados, os direitos fundamentais sociais constitucionalmente assegurados a todos esses trabalhadores não passarão de letra morta, em contrariedade aos ditames de justiça social e de valorização do trabalho assegurados exatamente pela Norma Fundamental de 1988.

Se se entender, como aqui se sustenta expressamente, que o ente público contratante tem esse dever de fiscalizar, em todo o curso do contrato administrativo, o cabal e tempestivo cumprimento, pelo particular, de suas obrigações trabalhistas como empregador daqueles trabalhadores terceirizados que atuaram no âmbito da Administração Pública, será inevitável a incidência subsidiária, autorizada pelo artigo 8º, § 1º, da CLT, dos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil em vigor, que estabelecem para todos, até mesmo para os entes públicos em geral, a responsabilidade civil subjetiva de natureza extracontratual, decorrente da prática (comissiva ou omissiva) de ato lícito, *in verbis*:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Nessa mesma linha também se pronuncia o Procurador do Trabalho e Professor Helder Santos Amorim (no artigo que elaborou em conjunto com os Professores Márcio Túlio Viana e Gabriela Neves Delgado) :

“A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993 desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública, de forma correlata e proporcional, o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, *caput*), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de direitos fundamentais (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.” (Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula nº 331 do TST – novos enfoques, LTr 75-03/292)

Cumprindo agora, portanto, examinar as demais normas legais aplicáveis à contratação, pela Administração Pública e após regular procedimento licitatório, de uma empresa para, por intermédio do fornecimento de trabalhadores terceirizados, lhe prestar serviços a fim de confirmar se tem ela o dever legal de, no curso daquele contrato administrativo, fiscalizar não apenas a execução daqueles serviços, mas também o pleno e tempestivo adimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador contratado. O simples exame de outros artigos da mesma Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) permite concluir em sentido afirmativo.

A princípio, os artigos 54, § 1º, e 55, inciso XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93 estabelecem, claramente, que o fornecedor de mão de obra contratado está estritamente vinculado ao cumprimento cabal das obrigações e responsabilidades a que se vinculou quando participou da licitação e apresentou proposta (na qual obrigatoriamente fez constar o preço correspondente aos direitos trabalhistas de seus empregados):

“Art. 54. (...)



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos e da proposta a que se vinculam.

(...)"

"Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação".

"Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial."

A seguir, os artigos 58, inciso III, e 67, *caput* e seu § 1º, da mesma Lei de Licitações clara e expressamente impõem à Administração Pública contratante o poder-dever de fiscalizar o cabal e oportuno cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo contratado que foi o selecionado no procedimento licitatório – entre elas, evidentemente, as que decorrem da observância das normas trabalhistas, em relação aos seus empregados que prestarem serviços, como terceirizados, ao ente público:

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

(...)

III – fiscalizar-lhes a execução;

(...)"

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

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

Por sua vez, o artigo 77 desta Lei nº 8.666/93 prevê que "a inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

e as previstas em lei ou regulamento". O artigo 78 da citada lei, de sua parte, prevê como motivo para a rescisão contratual "o não cumprimento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos, assim como o cometimento reiterado de faltas na sua execução e o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução" - o que, evidentemente, é aplicável à hipótese do inadimplemento de obrigações trabalhistas para com os trabalhadores terceirizados pelo empregador contratado pelo ente público.

Como se não bastassem esses claros preceitos da própria Lei nº 8.666/93, que devem ser interpretados e aplicados de forma conjunta e sistemática com o artigo 71, § 1º, da mesma norma, a matéria foi expressamente regulamentada no âmbito da Administração Pública Federal pela Instrução Normativa (IN) nº 2, de 30/4/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada pela Instrução Normativa (IN) nº 3/2009, do mesmo Ministério.

A esse respeito, pronuncia-se com acerto o Procurador do Trabalho Helder Santos Amorim, demonstrando que normas regulamentadoras federais também servem de parâmetro para o dever de fiscalização dos entes públicos das demais esferas da Federação, nos seguintes termos:

"Enquanto a Lei de Licitações traça regras gerais sobre o dever de fiscalização contratual, a IN nº 2/2008 do MPOG interpreta e especifica estas regras, instituindo um padrão fiscalizatório comprometido com a eficiência das técnicas de controle e com a efetividade dos direitos fiscalizados(...), levando em consideração a realidade do gerenciamento contratual, os riscos decorrentes das práticas contratuais e os direitos e deveres da Administração Pública perante os administrados e perante os terceiros interessados, tais como os trabalhadores terceirizados.

Isto porque a procedimentalização da fiscalização no âmbito dos contratos de terceirização não constitui matéria própria para disciplina legislativa, sendo tema reservado às normas regulamentadoras.

Este padrão fiscalizatório federal vincula a Administração Pública em todos os âmbitos federativos, por força do princípio da predominância do interesse, tendo em conta que, sendo privativa da União a competência para legislar sobre normas de licitações e contratos, aos estados e municípios incumbe complementar esta legislação com respeito às diretrizes nacionais.

Nessa linha de princípio federativo, embora as regras de fiscalização previstas na IN nº 2/2008 do MPOG tenham incidência estrita à órbita da



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

Administração Pública federal, suas diretrizes para uma fiscalização eficaz sobre os contratos de terceirização em matéria trabalhista acabam por orientar os demais entes federativos na implementação de suas normas internas acerca da matéria, em face da legítima expectativa constitucional de uma Administração Pública comprometida com a higidez legal e com a eficiência dos mecanismos de controle da atividade administrativa (Constituição, art. 37).” (grifou-se - VIANA, DELGADO e AMORIM, op. cit, LTr 75-03/292-293).

Em linhas gerais, a citada IN nº 2/2008 do MPOG impõe à Administração Pública federal contratante o dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas em relação a seus trabalhadores terceirizados, desde as fases de abertura e de desenvolvimento do procedimento licitatório e da celebração do resultante contrato administrativo, nos seguintes termos:

“a) desde a seleção da empresa no procedimento de licitação, na medida em que o Edital de Licitação já deverá prever que “a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhista referente à mão de obra utilizada”, nos casos de contratação de serviço continuado, com dedicação exclusiva de mão de obra (art. 19, inciso XVIII, da IN nº 2/2008), e que o contratado deverá apresentar garantia, com validade de três meses após o término da vigência contratual, com previsão expressa de que essa garantia somente será liberada diante da comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e de que essa garantia, caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento daquele contrato, será usada para o pagamento direto, pela Administração, dessas verbas trabalhistas aos trabalhadores terceirizados (inciso XIX da IN nº 2/2008 e art. 19-A, inciso IV, da mesma IN, acrescentado pela IN nº 3/2009);

b) no momento de julgamento das propostas da fase licitatória, a Administração deve verificar se os preços propostos pelas empresas licitantes são compatíveis com o custo dos encargos sociais trabalhistas, sob pena de desclassificação da proposta por inexecuibilidade (art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, regulamentado pelo art. 29, § 3º, da IN nº 2/2008);

c) por ocasião da elaboração e celebração do contrato administrativo com a empresa vencedora no certame licitatório, devendo esse contrato ser automaticamente vinculado a todas as condições de habilitação previstas no edital e a todas as condições contidas na proposta vencedora, especialmente os direitos trabalhistas dos empregados da



PROCESSO N° TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

empresa contratada, que compõem o preço dos serviços contratados, cabendo ao ente público contratante especificar, no contrato administrativo, a responsabilidade da empresa contratada de satisfazer os direitos dos seus próprios empregados, nos valores e patamares previstos na planilha de custos por ela apresentada; como lógica e automática consequência, caberá à Administração contratante o dever de fiscalizar o cumprimento integral destas obrigações (conforme os já citados arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93).”

Também aqui é acertada a conclusão de Helder Santos Amorim, à luz dessas premissas:

“Em face desta vinculação, exsurge que a execução contratual, no modelo da Lei nº 8.666/93, vai além do cumprimento de seu estrito objeto, para abranger todos os aspectos que constituam premissa à satisfação deste objeto contratual, tal como o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada (cujos custos integram o preço do serviço), sob pena de violação direta da proposta vencedora, das condições de habilitação e, portanto, do próprio contrato administrativo”.

Regulamentando o já citado artigo 67, *caput* e seu § 1º, da Lei nº 8.666/93, o artigo 34 da IN nº 2/2008 do MPOG determina que, na fiscalização do “**cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada**” seja exigida a comprovação de: a) regularidade para com o INSS e FGTS; b) pagamento de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior; c) fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação, quando cabível; d) pagamento do 13º salário; e) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional; f) realização de exames admissionais, demissionais e periódicos, quando for o caso; g) fornecimento de cursos de treinamento e reciclagem exigidos por lei; h) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho, e de cumprimento de todas as demais obrigações estabelecidas na legislação laboral em relação aos empregados vinculados ao contrato administrativo.

Para assegurar a efetividade dessa fiscalização pelo ente público contratante, o artigo 36 desta Instrução Normativa determina que a Administração, no ato do pagamento da prestação mensal do serviço,



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

exija da empresa a comprovação do pagamento de todas as suas obrigações trabalhistas relativas à fatura anterior, sob pena de retenção do valor da fatura para pagamento direto aos trabalhadores, por sua vez autorizado pelo artigo 19-A da IN nº 2/2008 (acrescentado pela IN nº 3/2009), que permite que o ente público, mediante previsão constante do edital licitatório e do contrato administrativo, receba autorização prévia do contratado para promover ordinariamente o provisionamento e a retenção de valores relativos ao preço do contrato para esse pagamento direto, relativo a férias, gratificação natalina, verbas rescisórias e depósitos de FGTS dos empregados terceirizados (sendo de se mencionar que a Resolução nº 98/2009 do Conselho Nacional de Justiça traz previsão idêntica em relação aos contratos de prestação de serviços terceirizados de forma contínua celebrados no âmbito do Poder Judiciário), bem como efetue descontos nas faturas e realize o pagamento direto de quaisquer direitos trabalhistas que vierem a ser insatisfeitos pelo contratado.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 31 da IN nº 2/2008 estabelece que a fiscalização contratual dos serviços continuados pelo ente público contratante deverá seguir o disposto no anexo IV da citada instrução normativa, o qual, de sua parte, institui um "Guia de Fiscalização dos Contratos de Terceirização", que esquematiza e detalha a fiscalização do cumprimento desses direitos trabalhistas em quatro momentos distintos:

“a) a fiscalização inicial (momento em que a terceirização é iniciada), quando deve ser elaborada uma planilha com discriminação de todos os empregados terceirizados que prestam serviços ao ente público contratante, com a conferência de todas as anotações em suas CTPSs e a verificação dos valores dos salários a eles pagos, para que não sejam inferiores aos previstos no contrato administrativo e nas normas coletivas de trabalho a eles aplicáveis, bem como da existência de obrigações trabalhistas adicionais, estabelecidas em normas coletivas de trabalho, e de condições de trabalho insalubres ou perigosas;

b) a fiscalização mensal (feita antes do pagamento da fatura), que implica a elaboração de uma planilha mensal com indicação de todos os empregados terceirizados, a função exercida, os dias efetivamente trabalhados e eventuais horas extras prestadas, férias, licenças, faltas e ocorrências, na exigência de que a empresa contratada apresente cópias das folhas de ponto dos empregados, por ponto eletrônico ou por meio que não



PROCESSO N° TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

seja padronizado (nos termos da Súmula nº 338 do TST), devendo haver glosa da fatura, em caso de faltas ou de horas trabalhadas a menor; na mesma ocasião mensal, deverá ser exigida a apresentação, pelo contratado, dos comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e, se houver, auxílio-alimentação dos empregados, efetuando-se a retenção e o depósito do FGTS dos trabalhadores terceirizados, caso tenha havido prévia autorização da empresa contratada, nos termos do edital e do contrato administrativo, ou exigindo-se, alternativamente, a comprovação do recolhimento do FGTS, INSS e demais encargos sociais;

c) a fiscalização diária, por meio da conferência, a cada dia, de quais empregados terceirizados estão prestando serviços, em quais funções e se esses estão cumprindo rigorosamente a jornada de trabalho, prevendo-se uma rotina para autorização de realização de horas extras por terceirizados;

d) a fiscalização especial, que implica a análise da data-base da categoria dos empregados terceirizados, prevista na norma coletiva de trabalho a eles aplicável, para verificar o dia e o percentual nela previstos, bem como no controle das férias e licenças desses empregados e de suas eventuais estabilidades provisórias.”

Por fim, para não deixar mais nenhuma dúvida sobre constituir o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado, em relação a seus próprios empregados terceirizados para a Administração Pública, uma grave infração do contrato administrativo de prestação de serviços e ser a rigorosa fiscalização de seu cumprimento um dever essencial do ente público contratante, os artigos 34, § 4º, e 34-A da IN nº 2/2008 impõem, de forma obrigatória, a rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços, por iniciativa do ente público contratante, caso tenha sido por este constatado o descumprimento dos direitos trabalhistas pela empresa contratada e não tenha havido a regularização imediata da situação no prazo oferecido pela Administração:

“Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação”.

É preciso lembrar, ainda, que o princípio da legalidade administrativa impõe ao ente público contratante de mão de obra terceirizada para lhe prestar serviços de natureza contínua a sua completa e rigorosa observância, não lhe sendo dado, discricionariamente, decidir se e quando irá fazê-lo, de acordo com critérios de conveniência e de oportunidade manifestamente inaplicáveis nessas situações.

Desse conjunto de normas legais e regulamentares aqui longamente exposto, ao invés, resulta a inarredável conclusão de que, uma vez tenha sido constatado e comprovado, em determinada ação trabalhista movida pelo trabalhador terceirizado contra seu empregador e contra o ente público que contratou este último, o inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes daquele contrato administrativo pelo empregador contratado, à Administração Pública contratante caberá, com exclusividade, para evitar que sua conduta seja considerada omissa e ilícita, nos termos e para os efeitos dos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil, alegar e comprovar, cabalmente, no curso da instrução processual, que praticou todos esses atos administrativos detalhadamente estabelecidos nos apontados preceitos da Lei nº 8.666/93 e na Instrução Normativa nº 2/2008, alterada pela Instrução Normativa nº 3/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), no sentido de fiscalizar, no curso e no encerramento daquele contrato administrativo, a plena observância dos direitos trabalhistas do correspondente reclamante e de que, uma vez constatado o seu inadimplemento, tomou todas as medidas e as providências legalmente previstas para prevenir ou ressarcir o trabalhador terceirizado vítima daqueles atos ilícitos.

Ressalta-se ser exclusivamente do ente público contratante o ônus de alegar e de demonstrar, completamente, em cada processo trabalhista, que tomou todas as medidas e praticou todos os atos previstos na Lei de Licitações e nas suas normas regulamentadoras para evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas dele objeto, para



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

assegurar a sua quitação por meio dos mecanismos necessariamente previstos no contrato administrativo correspondente (pelo uso da garantia patrimonial oferecida pelo contratado e pela retenção dos valores a ele devidos, para pagamento direto aos trabalhadores terceirizados de seus direitos trabalhistas) e para sancionar, na forma também nelas prevista, aquele empregador inadimplente - afinal, trata-se, aqui, de fato impeditivo da pretensão do autor de que a Administração Pública seja condenada a responder, ainda que subsidiariamente, pelo pagamento daqueles direitos trabalhistas, nos termos dos artigos 373, inciso II, do CPC/2015 e 818 da CLT.

Ademais, também por direta aplicação do princípio da aptidão para a prova, decisivo para estabelecer para qual parte, em determinado litígio judicial, deverá ser atribuído o *onus probandi* do fato controvertido, não pode haver nenhuma dúvida de que esse encargo, em casos como este, só pode mesmo recair sobre a Administração Pública demandada, que terá que demonstrar haver praticado todos os atos administrativos de fiscalização do adimplemento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados.

Do contrário, a única alternativa para esse entendimento seria atribuir a cada trabalhador terceirizado, autor de sua demanda trabalhista, o pesado e praticamente impossível encargo de demonstrar que o ente público para o qual prestou serviços não praticou os atos fiscalizatórios a que estava obrigado por lei - prova negativa e de natureza verdadeiramente "diabólica", de produção praticamente impossível pela parte hipossuficiente. À falta dessa demonstração de que esses atos de fiscalização foram mesmo praticados, como era dever legal do ente público contratante, só se poderá concluir que este, por omissão voluntária, violou os direitos daqueles empregados terceirizados pelo contratado e lhes causou dano, pelo qual deve responder civilmente (ainda que de forma subsidiária), nesta Justiça do Trabalho, por sua manifesta culpa *in vigilando*.

Ao assim se decidir, é preciso advertir, com todas as letras, que não se estará responsabilizando a Administração Pública contratante dos serviços terceirizados pelo mero inadimplemento das



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

obrigações trabalhistas devidas por aquele que com ela celebrou contrato administrativo de prestação de serviços contínuos, nem, muito menos, negando-se vigência ao artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (o que ficou expressamente vedado pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na citada Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16-DF).

Tudo o até aqui afirmado, aliás, foi consagrado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho ao revisar sua Súmula nº 331, em sessão extraordinária realizada em 24/5/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/5/2011, 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.**” (destacou-se)

Diante da já reconhecida constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a Administração Pública insiste na defesa de que a única interpretação viável à decisão proferida pela Suprema Corte no julgamento da ADC nº 16 seria a total exclusão da responsabilidade do poder público contratante, independente de qualquer modalidade de culpa, ao contrário do que sedimentou o Tribunal Superior do Trabalho no item V da Súmula nº 331.



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

Manejou, então, o recurso extraordinário RE nº 760.931-DF, eleito como processo representativo da controvérsia no Tema nº 246 de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal, contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, da lavra deste Relator (Processo nº TST-AIRR-100700-72.2008.5.02.0373), em que se manteve a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, tomadora de serviços terceirizados, pelo inadimplemento das verbas trabalhistas em razão de sua culpa *in vigilando*, caracterizada pela omissão em fiscalizar adequadamente o contrato de prestação de serviços.

Por maioria de votos (vencidos os Ministros Rosa Weber, Relatora originária, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso e Edson Fachin) e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, Redator do acórdão, fixou-se a seguinte tese de repercussão geral no Tema nº 246: “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”.

Reiterou-se o entendimento de que não cabe a automática responsabilidade da Administração Pública, não obstante essa mesma responsabilidade possa ser reconhecida nos casos concretos em que comprovada a omissão fiscalizatória do ente público.

Deliberou-se, ainda, que a questão de haver ou não prova específica da existência de culpa do ente público será definida nas instâncias ordinárias da Justiça do Trabalho, cujo pronunciamento é soberano em matéria fático-probatória. Trata-se, portanto, de controvérsia a ser esgotada nas instâncias ordinárias, após o exame circunstanciado do caso concreto, infensa, portanto, à reavaliação em sede extraordinária.

A esse respeito, o Ministro Dias Toffoli ressaltou que as provas devem ser examinadas na instrução processual e, para o cabimento da reclamação constitucional, faz-se necessário o exaurimento das vias recursais ordinárias:

“É por isso que eu proponho que, na tese a ser fixada, fique claro que só caberá reclamação constitucional com base nesses paradigmas após o esgotamento das instâncias na Justiça do Trabalho, em consonância com a



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

regra do art. 988, §5º, II, do CPC.” (STF, inteiro teor do acórdão, págs. 254 e 255 de 355)

O Ministro Luiz Fux reiterou a preocupação sobre a necessidade de se exaurir a matéria fática nas instâncias ordinárias, em face do que preconiza o artigo 988, § 5º, do CPC/2015:

“§ 5º É inadmissível a reclamação:
(...)”

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.”

E corroborou a proposta de elaboração de uma tese “minimalista”, isso porque a comprovação ou não da culpa da Administração Pública na fiscalização do fiel cumprimento do contrato administrativo é matéria não cognoscível em recurso extraordinário:

“Então, o Ministro Marco Aurélio tem razão quando diz: o minimalismo nessa hora resolve. Por quê? Porque nós também não vamos poder conhecer matéria de fato, se comprovou culpa ou se não comprovou culpa. Isso é matéria não cognoscível em sede de recurso extraordinário.”
(STF, inteiro teor do acórdão, pág. 339 de 355)

Formou-se, no curso dos debates, um consenso mínimo de que a tese a ser fixada para o julgamento de casos semelhantes deve exprimir, como regra, a não responsabilização do Poder Público. Não obstante, no exame de cada caso concreto e nas instâncias adequadas, o Poder Judiciário apreciará a culpa.

Assim, conforme já registrado, vencidos os Ministros Rosa Weber, Relatora originária, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso e Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 26/4/2017, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, redator do acórdão, fixou a seguinte tese de repercussão geral no Tema nº 246: “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”.



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

Em resposta aos embargos de declaração interpostos pela União e por dois *amici curiae*, também por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator nos embargos de declaração), Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes e, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, a Suprema Corte limitou-se a reafirmar o entendimento de que “a responsabilidade não é automática, conforme preconizou o legislador infraconstitucional, no artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, mas não pode o poder público dela eximir-se quando não cumpriu o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços” (RE 760.931-DF ED Relator p/acórdão: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. DJe-194, divulgação 5/9/2019, publicação 6/9/2019).

Na oportunidade de julgamento dos embargos de declaração, prevaleceu o voto do Ministro Edson Fachin, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, ao fixar a tese de repercussão geral no Tema nº 246, optou por uma redação “minimalista”, sem enfrentar particularidades, a exemplo de a quem caberia o ônus da prova sobre a omissão fiscalizatória do ente público.

Não obstante, os Ministros da Suprema Corte expressamente reafirmaram a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, já declarada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, bem como afastaram, de uma vez por todas, a possibilidade de responsabilização automática da Administração Pública, posicionamento que se harmoniza com a atual redação da Súmula nº 331, item V, do Tribunal Superior do Trabalho, que reconhece a responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta apenas nos casos em que evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93 (Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/5/2011).

Necessário, portanto, que se identifiquem, em cada processo e de forma particularizada, elementos fáticos e jurídicos capazes de caracterizar a culpa da Administração Pública pela omissão fiscalizatória a que está obrigada na contratação de serviços terceirizados, nos termos da Lei nº 8.666/93, aspecto não enfrentado pelo Regional nestes autos, o que impossibilita a segura adequação do caso concreto, ora em discussão, às implicações jurídicas advindas da terceirização na Administração Pública, conforme as diretrizes traçadas



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista a natureza extraordinária do apelo manejado.

Cabe ao Regional, instância soberana na análise dos elementos de prova dos autos, identificar e expressamente se manifestar sobre a existência (ou não) da conduta omissiva da Administração Pública configuradora de sua culpa *in vigilando* no processo em julgamento, pressuposto necessário para que se imponha a respectiva condenação.

Não há dúvidas, portanto, de que a mera inadimplência da empresa prestadora dos serviços terceirizados não caracteriza, por si só, a culpa da Administração Pública. Necessária a demonstração de que houve omissão fiscalizatória para que se reconheça a responsabilidade do Poder Público ou, sob outra vertente, o afastamento dessa mesma responsabilidade diante da comprovada fiscalização ou diante de qualquer outra circunstância fática que isente o Poder Público da culpa *in vigilando* na relação jurídica firmada sob a égide da Lei nº 8.666/93.

Com efeito, observando-se a diretriz do Supremo Tribunal Federal que não admite a responsabilização do ente público sem a efetiva demonstração da culpa *in vigilando*, em casos como este, em que não há no acórdão regional o exame da culpa no caso concreto, faz-se necessária, pois, com o objetivo de incidir o disposto na Súmula nº 331, item V, do Tribunal Superior do Trabalho, a determinação de retorno dos autos ao Tribunal Regional de origem para que se pronuncie acerca da conduta omissiva do tomador de serviços.

Isso porque, tendo em vista a limitação da cognição extraordinária aos fatos já consignados na decisão regional, em estrita obediência ao disposto na Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho, é imperativa a análise explícita pelos Tribunais Regionais do quadro fático à luz da responsabilidade subjetiva.

Aliás, este é o procedimento já adotado por esta Corte, conforme se verifica do seguinte precedente:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO DA 2ª RECLAMADA - CELG-D. RITO SUMARÍSSIMO. DECISÃO REGIONAL NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ELETRICISTA. ISONOMIA SALARIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Deve ser



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

exercido o juízo de retratação, nos termos do art. 1.040, II, do CPC/2015 quando a decisão da Turma foi proferida em desacordo com o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252, em que se firmou a tese jurídica de que “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”. Necessário se torna adequar o entendimento desta c. Turma à decisão da Suprema Corte, no que toca à condenação solidária da empresa concessionária dos serviços. O exame do agravo de instrumento denota possível contrariedade à Súmula 331, IV, do TST, a viabilizar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA DA 2ª RECLAMADA - CELG-D. RITO SUMARÍSSIMO. DECISÃO REGIONAL NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ELETRICISTA. ISONOMIA SALARIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A licitude da terceirização de serviços de atividade fim não afasta a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora dos serviços. Assim, deve ser reformada a decisão regional para adequar ao entendimento da Suprema Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (...)” (ARR-11054-13.2016.5.18.0054, 6ª Turma, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 29/11/2019)

Na oportunidade, observando que aquele Regional não examinou a questão da responsabilidade subsidiária sob o enfoque da culpa *in vigilando*, a Sexta Turma deste Tribunal determinou o retorno dos autos ao Colegiado de origem para que apreciasse a pretensão objeto da ação, “levando em consideração a existência dos elementos que norteiam a responsabilidade do ente público pois, apenas se consagrada culpa *in vigilando* é possível entender pela sua responsabilidade subsidiária”. (ARR-11054-13.2016.5.18.0054, 6ª Turma, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 29/11/2019, pág. 14).

No mesmo sentido, decidiu esta Segunda Turma no julgamento do Processo nº TST-RR-21800-58.2006.5.04.0351, de relatoria da Ministra Delaíde Miranda Arantes, por unanimidade, na sessão do dia 4/12/2019:

“RECURSO DE REVISTA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. DECISÃO DO TRIBUNAL REGIONAL CONTRÁRIA AO ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO JULGAMENTO DA ADC 16 E DO RE 760931/DF E PELA SÚMULA 331, V, DO TST. 1. Caso em que foi reconhecida a



PROCESSO Nº TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em decorrência do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada, entendimento que contraria o disposto no item V da Súmula 331, desta Corte, como também a tese com repercussão geral firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE-760931/DF, pela qual se considerou possível a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas aos empregados das empresas terceirizadas, apenas quando constatada a omissão na fiscalização. 2. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública não decorre de presunção de culpa ou de simples inadimplemento, mas de sua verificação em concreto pela instância revisora. Na hipótese, não foi examinada a questão da responsabilidade subsidiária sob o enfoque da culpa in vigilando, razão pela qual, a Segunda Turma exerce o juízo de retratação previsto no art. 1030, II, do CPC, para conhecer e dar parcial provimento ao recurso de revista, a fim de determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que examine a matéria à luz da existência ou não de culpa in vigilando do ente público. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.” (RR-21800-58.2006.5.04.0351, 2ª Turma, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, DEJT 13/12/2019, grifou-se)

Por consequência, necessário o retorno dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho de origem para que se manifeste sob o enfoque específico da culpa *in vigilando* do Poder Público à luz do quadro fático-probatório dos autos.

Diante do exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento, por possível violação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, para determinar o processamento do recurso de revista, a ser julgado na primeira sessão ordinária subsequente à data de publicação da certidão de julgamento deste apelo, nos termos dos artigos 255, inciso III, alínea “c”, e 256 do Regimento Interno do TST.

III - RECURSO DE REVISTA

Tendo em vista os fundamentos antes apresentados, ora reiterados, **conheço** do recurso de revista por violação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

A consequência do conhecimento do recurso de revista por violação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 é o seu provimento.



PROCESSO N° TST-RR-763-64.2011.5.04.0006

Pelo exposto, **dou provimento parcial** ao recurso de revista da Administração Pública para determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho de origem para que se manifeste sob o enfoque específico da culpa *in vigilando* do Poder Público à luz do quadro fático-probatório dos autos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por violação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho de origem para que se manifeste sob o enfoque específico da culpa *in vigilando* do Poder Público à luz do quadro fático-probatório dos autos. Custas inalteradas.

Brasília, 25 de novembro de 2020.

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

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA
Ministro Relator