



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

A C Ó R D ã O
7ª TURMA
VMF/tm/pm/lc

**AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA -
TERCEIRIZAÇÃO - ENTE PÚBLICO -
RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA -
FISCALIZAÇÃO - ÔNUS DA PROVA - CULPA *IN*
VIGILANDO - REPERCUSSÃO GERAL Nº 246 DO
STF - *RATIO DECIDENDI*.**

1. O Supremo Tribunal Federal considerou o art. 71 da Lei nº 8.666/1993 constitucional, de forma a afastar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços nos casos de mero inadimplemento das obrigações por parte do vencedor de certame licitatório (ADC 16).

2. No julgamento da mencionada ação declaratória de constitucionalidade, a Suprema Corte firmou o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* da Administração Pública, e apenas nesses, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responde o ente público pela sua própria incúria.

3. Em 30/3/2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do tema de Repercussão Geral nº 246 (RE 760.931), definiu que a responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços só poderá ser imputada à Administração Pública quando houver prova real e específica de que ela foi negligente na fiscalização ou conivente com o descumprimento das obrigações contratuais pela contratada, incorrendo em culpa *in vigilando*. Ficou definido que não se admite a assertiva genérica nesse sentido, uma vez que os



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

atos administrativos gozam de presunção de legalidade e de legitimidade.

4. A despeito de a tese fixada pela Suprema Corte não tratar expressamente da distribuição do ônus probatório, a *ratio decidendi* da decisão proferida pelo STF evidencia que o ônus da prova da culpa *in vigilando* recai sobre o trabalhador, ressalvado o entendimento deste relator.

Agravo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Recurso de Revista nº **TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081**, em que é Agravante **JULIO SANTOS FERREIRA** e são Agravados **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, COMPANHIA DE PROCESSAMENTO DE DADOS DO ESTADO DE SÃO PAULO - PRODESP e GSV SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA.**

Trata-se de agravo interposto pelo reclamante contra decisão monocrática que deu provimento aos recursos de revista do segundo e terceiro reclamados para excluir a responsabilidade subsidiária.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Conheço do agravo, porque estão presentes os pressupostos legais de admissibilidade relativos à tempestividade (fls. 596 e 606) e à representação processual (fls. 37).

2 - MÉRITO

A decisão agravada deu provimento aos recursos de revista dos segundo e terceiro reclamados, sob o fundamento que "a condenação subsidiária do ente público se deu independentemente da verificação material da culpa *in vigilando*. Não houve real debate, calcado nos fatos e provas específicos da causa, sobre a negligência do ente público em fiscalizar o contrato administrativo subjacente celebrado mediante regular processo licitatório. A Corte de origem

Firmado por assinatura digital em 22/05/2019 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-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

efetivamente não adentrou no conjunto fático-probatório dos autos para verificar se na situação vertente houve real omissão da Administração Pública na vigilância - culpa *in vigilando* - do pacto administrativo firmado com a empresa prestadora dos serviços".

Nas razões de agravo, alega o autor que o Tribunal Regional examinou concretamente a ausência de fiscalização por parte do Município de São Paulo, ao consignar que os depósitos do FGTS não eram feitos de forma regular. Aduz que o entendimento exarado na decisão agravada transferiu ao trabalhador o ônus da prova da ausência de fiscalização, conferindo o caráter de provar fato negativo.

Suscita contrariedade à Súmula nº 126 do TST e destaca o julgamento da ADC 16 pelo STF. Aponta violação do art. 67, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

Ao final requer, sucessivamente, que seja considerado que a causa não está madura para julgamento, devendo ser remetida ao TRT para o exame do dever de fiscalização da Administração Pública, nos termos da Lei de Licitações. Traz aresto.

A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços decorre principalmente do benefício auferido com o labor prestado pelo trabalhador. Fundamenta-se no dever de cuidado na escolha da prestadora dos serviços, assim como de zelo pela boa e correta execução do contrato por parte da empresa escolhida.

O § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993 teve sua constitucionalidade declarada no julgamento da ADC 16, o que levou o TST a alterar a redação do item IV da Súmula nº 331 e a inserir os itens V e VI.

No entanto, tal declaração não isentou o ente público da responsabilidade subsidiária no caso de inadimplemento do contrato por parte da empresa prestadora de serviços. Esta apenas não pode mais ser decretada com base tão somente no inadimplemento, fazendo-se necessária a prova da má-escolha da empresa prestadora ou da omissão da Administração Pública em seu dever de fiscalizar o bom andamento do contrato.

Embora reste atenuada a culpa *in eligendo* atribuída ao ente público em face da adoção de procedimento licitatório, deve haver



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços como empregadora.

Vale lembrar que a obrigação contratual não se exaure no adimplemento do seu objeto imediato, havendo outros deveres anexos ao contrato, dentre eles, o de fiscalizar se a prestadora de serviços contratada cumpre o contrato celebrado dentro do que determina o ordenamento jurídico - no caso, se efetuava corretamente o pagamento de suas obrigações trabalhistas.

Salienta-se que não se está negando vigência ao art. 71, § 1º, da Lei de Licitações. A questão poderia ser equacionada a partir dos arts. 58, III, e 67, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.666/1993, que impõem à Administração Pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (entre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), por meio de condutas comissivas e objetivas, razão pela qual caberá ao Poder Judiciário, ante cada caso concreto, aferir, a partir da prova dos autos, o cumprimento ou não dos mencionados deveres vinculantes.

Confira-se a redação dos dispositivos de lei acima apontados:

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.



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

Certo é que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, como regra, isenta de responsabilidade o ente público que realiza contrato de terceirização de serviços com ente idôneo.

Todavia, como em todo e qualquer ato administrativo praticado, a atribuição de consequências jurídicas passa pela prática do ato em plena conformidade com o princípio da legalidade administrativa, com expressa previsão no art. 37, *caput*, da Carta Magna:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

Não se pode perder de vista que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal).

O Desembargador Francisco Rossal de Araújo leciona, com propriedade, sobre o princípio da legalidade e suas repercussões na Administração Pública:

(...) Nas palavras de Almiro do Couto e Silva, “no Estado de Direito há necessariamente a submissão de toda a atividade pública a uma rede ou malha legal, cujo tecido não é, entretanto, homogêneo.” Prossegue o autor afirmando que “por vezes ela é composta por fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço aos órgãos e agentes públicos que lhes estão submetidos”. Outras vezes, porém, “os fios dessa rede são mais abertos, de modo a permitir que entre eles exista liberdade de deliberação e ação”. Isso significa que o poder legal é um poder formulado no âmbito de um ordenamento jurídico constitucional, o qual atribui a determinados agentes o seu exercício e também a sua limitação, verificando-se a dicotomia legalidade-discrecionalidade.

A atividade do Estado fica sujeita à lei, caracterizando-se esta como a expressão da vontade popular, legitimadora do exercício do poder político. Por esta razão, o Princípio da Legalidade está ligado diretamente à separação dos poderes do Estado, como forma de controlar a atividade deste, seja na



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

criação, execução ou interpretação da lei. A nenhum cidadão é lícito exigir atitude ou impor abstenção senão em virtude da lei.

O princípio tem evolução histórica significativa, passando pelo Estado Liberal, Estado Social e chegando aos dias atuais dentro do chamado Estado Democrático de Direito. No Brasil, ele teve acolhida em todas as Constituições, à exceção da de 1937. A Constituição atual, promulgada a 5 de outubro de 1988, o prevê no art. 5º, inc. II. A redação é praticamente a mesma desde a Carta Magna de 1824, passando pelas Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1967.

A inter-relação entre a liberdade dos indivíduos e a forma de agir da administração deve estar presente na definição do princípio que, conforme Marcello Caetano, seria aquele segundo o qual nenhum órgão ou agente da Administração Pública tem a faculdade de praticar atos que possam contender com interesses alheios senão em virtude de uma norma geral anterior. A restrição da liberdade oriunda da atuação do poder do Estado levou à elaboração do Princípio da Reserva Legal (*Vorbehalt des Gesetzes*) e do Princípio da Supremacia ou Prevalência da Lei (*Vorrang des Gesetzes*). Com a noção de que a lei deve ser emanada segundo a vontade do povo, Otto Mayer cunha a noção de Reserva Legal para afirmar que tudo o que a lei não proíbe expressamente, é permitido. Este conceito, entretanto, em se tratando de efetiva limitação do poder do Estado, não é suficiente, pois a autonomia da vontade deste no campo não proibido pela lei é capaz de gerar abusos e iniquidades que podem ser visualizadas pela evolução histórica do Princípio da Legalidade, por definição mais amplo que o Princípio da Reserva Legal.

É interessante acrescentar que estes princípios permanecem válidos, pois a lei parlamentar é, no Estado Democrático, a expressão da própria democracia, vinculando jurídica e constitucionalmente o Poder Executivo. É claro que a sua validade se encontra condicionada por outros princípios como, por exemplo, a democratização das funções estatais.

A lei para o Estado Democrático de Direito deve realizar o Princípio da Igualdade e da Justiça, não pelo seu caráter genérico, mas pelo fim que encerra a correção das desigualdades. A legalidade e a discricionariedade estão ligadas aos valores da justiça. O Direito Administrativo deve ressaltar seu caráter dualista: conciliar o respeito aos direitos humanos fundamentais e a intervenção do Estado para dirimir as desigualdades sociais, ressaltando



PROCESSO N° TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

que o aspecto social e o aspecto democrático não são inconciliáveis. A supremacia do Direito é plena.

O Estado age regido por valores superiores que ordenam o todo, nele incluído a própria Constituição, que tende a reproduzi-los ou, pelo menos, destacá-los expressamente. A concretização destes valores superiores é a exigência que se faz ao Princípio da Legalidade, no sentido da busca de uma justiça material emanada do próprio povo, pois, segundo a própria Constituição, todo o poder emana daquele. Cabe ao Poder Estatal administrar esta justiça não como um simples jogo formal mediante raciocínios lógicos, mas com conexão com os valores médios da sociedade, buscando os seus anseios mais intensos. O povo não é o simples destinatário das normas, mas a sua própria origem, pois sua vontade formalizada constitui o Direito. Esta é a visão que deve estar presente no administrador ao aplicar a lei ou ao realizar atos administrativos. (ARAÚJO, Francisco Rossal de. “O Trabalho em Domingos e Feriados e Negociação Coletiva: Os Efeitos do Decreto n. 9.127/2017”. Revista LTR, São Paulo, v. 82, nº 9, set. 2018, p. 1049-1050)

A incidência do referido art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 parte de uma série de pressupostos, dentre os quais, que a terceirização seja lícita, que haja regular procedimento de licitação (único procedimento apto a legitimar a contratação de particulares por entes públicos) e, igualmente, que a condução do contrato administrativo seja realizada em conformidade com a legislação vigente e com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

O próprio ordenamento jurídico criou parâmetros e condições para a efetiva fiscalização das empresas prestadoras de serviços, estabelecendo que, caso o prestador dos serviços permaneça renitente no cumprimento das obrigações laborais, caberá à Administração Pública, além de reter os valores correspondentes a eventuais salários atrasados, aplicar as penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/1993 (advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e declaração de inidoneidade) ou, em último caso, rescindir o liame administrativo, nos termos dos arts. 77 e 78 do referido diploma legal.



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

Logo, se a Administração não fiscalizou a fiel execução do pacto, não zelando pela solvência das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, embora detivesse plenas condições para tanto, inclusive ante a possibilidade de rescisão unilateral que caracteriza os contratos pactuados por entes públicos, deve arcar com as consequências jurídicas pelo cometimento desse ato ilícito.

Por isso a possibilidade de excepcionar a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, devidamente resguardada pela decisão vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não só se afigura como garantia do adimplemento dos direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados que prestam serviços a entes públicos, em uma concretização necessária ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas também se traduz em relevante medida de controle e fomento à legalidade e à probidade administrativas.

Longe de incitar "a transferência para a Administração Pública, por presunção de culpa, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários devidos ao empregado de empresa terceirizada" (Rcl 23.867/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 31/8/2016), estimula-se o manejo de todos os recursos disponíveis para a fiscalização das empresas contratadas, com aplicação de medidas administrativas e prestação de contas, como salvaguarda de que os custos com os contratos administrativos não se desdobrem na assunção de obrigações trabalhistas das contratadas.

É certo que, embora não possa ser imputada a responsabilidade objetiva à Administração Pública quando houver passivo trabalhista das empresas prestadoras de serviços contratadas por meio de regular procedimento licitatório, igualmente não há irresponsabilidade objetiva. Deve ser analisada, em cada caso, a existência de culpa atribuída ao ente público a fim de lhe imputar a responsabilidade pelos débitos trabalhistas.

A conduta estimulada, portanto, para além de assegurar os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores terceirizados que foram lesados - finalidade à qual certamente se presta um Estado Democrático de Direito - é a conduta de lisura, transparência, eficiência e probidade na condução dos contratos administrativos.



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

Nesse sentido foi consolidado o entendimento desta Corte na nova redação do item V da Súmula nº 331:

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 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Nessa esteira, a Administração Pública somente se desincumbe de sua responsabilidade para com a contratação de prestação de serviços prevista na Lei nº 8.666/1993 quando cumpre os deveres positivos ali descritos de fiscalização, documentação e guarda das provas materiais da prática de tais atos.

Observada essa compreensão jurídica da questão e da extensão dos deveres atribuídos ao ente público, no sentido de atender ao princípio republicano e aos princípios administrativos da eficiência, da legalidade e da publicidade, não se poderia cogitar da exoneração de uma responsabilidade de tal forma que não se viabilizasse o posterior controle, na melhor semântica do sistema de freios e contrapesos.

Se o ente público, curador da documentação dos atos administrativos por ele praticados no acompanhamento do contrato administrativo, omite-se em apresentá-la, a culpa se evidencia.

Este relator compreende que, ante o princípio da aptidão para a prova, o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do contrato entre a prestadora e o empregado é do tomador de serviços, por se revelar desproporcional impor aos empregados o dever probatório quanto ao descumprimento da fiscalização por parte da Administração Pública, quando é ela que tem melhores condições de demonstrar que cumpriu com seu dever.

O CPC/2015, atento à concretização do direito material em detrimento da via processual, considerando o processo como um meio, e não um fim em si mesmo, consagra a teoria dinâmica do ônus da prova



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

quando incorpora o devido processo substancial (art. 7º do CPC/2015) e a flexibilização da regra rígida de distribuição do encargo probatório (art. 373, § 1º, do CPC/2015). Confiram-se:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A leitura que faço do ordenamento jurídico e do posicionamento inicialmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a Administração Pública, para se eximir da responsabilidade subsidiária, deve apresentar indícios ou documentos que atestem minimamente que atuou de forma diligente ou que, de alguma forma, cumpriu com seu dever de fiscalização imposto no art. 67 da Lei nº 8.666/1993. Entendo que tal exigência não implica que a Administração Pública analise verba por verba inadimplida ou contrato por contrato firmado entre a prestadora de serviços e seus empregados. Ela deve ter ciência das condições em que se encontram os trabalhadores que lhe prestam serviço e não pode ignorar a existência de irregularidades, deixando de tomar providências a respeito.

Ocorre que, no julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 30/3/2017, do **tema de Repercussão Geral nº 246**,



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

representado pelo RE 760.931, foram traçados novos limites para a aferição da responsabilização subjetiva da Administração Pública.

Nesse julgamento, o STF, por maioria, de acordo com o voto do Ministro Luiz Fux, firmou a seguinte tese:

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

Não houve definição de tese específica acerca do ônus da prova. Entretanto, para fins de elucidar a questão, é essencial que sejam citados trechos dos votos exarados pelos ministros daquela Corte a respeito da responsabilidade da Administração, ônus da prova e parâmetros para tanto.

A relatora, Ministra Rosa Weber, ponderou, em seu voto, que:

Sedimentada, assim, a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, há que se enfrentar a questão atinente ao ônus da prova relativamente ao cumprimento do poder-dever fiscalizatório insculpido na Lei de Licitações nas hipóteses de terceirização, ponto que tem sido trazido a este Supremo Tribunal mediante inúmeras reclamações. (...)

9. Ônus da prova

A presunção de legitimidade, atributo dos atos administrativos, carrega em si prerrogativa de conformidade da atuação administrativa com o direito.

Contudo, isso não exonera a Administração Pública de demonstrar o cumprimento dos deveres legalmente estabelecidos. (...)

A presunção de legitimidade não afasta o encargo probatório nos casos em que couber à Administração a guarda de determinados documentos - como os relacionados ao cumprimento de deveres legais.

.....
Nesse contexto, ressalvada, na ADC 16, a tese da responsabilidade subjetiva do Poder Público em face da omissão estatal no que tange ao dever fiscalizatório, tenho por adequada a invocação, no tocante ao encargo



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

probatório, da doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acerca da culpa presumida.

Reitero que, sob esse viés, o Estado não é condenado automaticamente ou de forma objetiva. A adoção da culpa presumida, situada dentro da responsabilidade subjetiva, possibilita ao ente público - detentor dos meios probatórios - demonstrar o cumprimento do dever legal, a inexistência de negligência, imperícia ou imprudência e, mais especificamente, em situações como a dos autos, demonstrar "que não teve culpa (...), que não desatendeu às prescrições existentes", no caso, aquelas constantes do artigo 67 da Lei 8.666/93, entre outras.

Logo, apenas se pode exaltar o efeito exonerador do art. 71 dessa Lei se cumpridas as obrigações previstas nessa Lei, especialmente em seu art. 67, detalhadas e renovadas na Instrução Normativa nº 2/2008 do MPOG.

.....
A par da perspectiva da teoria da culpa presumida, concorrem para a mesma conclusão - de que o encargo probatório em hipóteses como a em exame cabe à Administração Pública - os princípios que orientam o ônus da prova.

Com efeito, à luz do princípio da aptidão para a prova, a parte responsável pela produção probatória é a que apresenta melhores condições de realizá-la, independentemente do ônus imposto pela norma processual. Trata-se da própria aplicação do princípio da igualdade no processo, na medida em que exige de cada parte a prova que realmente pode produzir, (...).

Ainda com o intuito de garantir eficácia à fiscalização e acompanhamento prescritos pela Lei de Licitações, o legislador lista, no artigo 87 desse Diploma legal, sanções a serem cominadas pela Administração nos casos de inexecução total ou parcial do contrato, prevendo o artigo 78, como motivos para rescisão do contrato, "I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; "II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; "VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores e "VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei".



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

Todos os preceitos referidos no presente item corroboram a tese, afirmada também à luz dos princípios que orientam o Direito Administrativo, de que incumbe à Administração Pública acompanhar e fiscalizar permanentemente o cumprimento, ou não, pela prestadora de serviços, das obrigações trabalhistas em relação aos empregados dessa - antes, durante e após o contrato de trabalho -, certo que, consoante bem lembrado pelo Procurador-Geral da República em exercício, essa legislação vem conferindo ao sistema de licitação e contratação pelo Poder Público "uma nova feição regulatória que, para além do sentido meramente econômico, de defesa do interesse imediato da administração, busca preservar uma relação de custo-benefício social da contratação pública, afinada com os valores maiores da sociedade constitucional".

O Ministro Roberto Barroso concordou com o voto exarado pela Ministra Rosa Weber, ponderando a existência de critérios, como a fiscalização por amostragem, conforme segue:

.....

17. Ocorre justamente que exigir que a Administração Pública fiscalize 100% de todas as obrigações trabalhistas significa, em termos práticos, reproduzir internamente, na estrutura do Estado, toda a infraestrutura de pessoal, de material, de contabilidade, de recursos humanos e, portanto, todos os custos já embutidos na remuneração paga pela Administração à contratada. Se interpretada em tais termos a obrigação da Administração de fiscalizar, a opção pela terceirização deixará provavelmente de ser uma escolha racional na grande maioria dos casos, implicando em maiores custos, ônus e/ou riscos para a Administração. Em tais condições, a obrigação de fiscalizar com tamanha abrangência implica em, por via transversa, criar entraves à própria terceirização, um fenômeno já consolidado globalmente.

.....

23. Nota-se, portanto, que há diversos tipos de fiscalização por amostragem e que a sua estruturação depende das circunstâncias do ente público envolvido, dos recursos disponíveis, de pessoal técnico qualificado - o que não se pode exigir, de forma homogênea, tanto para a União quanto para qualquer município da federação. Os contornos da fiscalização por



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

amostragem dependem, ainda, da natureza, complexidade, quantidade e nível de risco dos contratos de terceirização.

Assim, em respeito ao princípio federativo e à autonomia dos diferentes entes e entidades que integram a Administração, cada qual deve estruturar, em seu âmbito, sua própria modalidade de fiscalização por amostragem, com suporte técnico de seu órgão de controle externo. A estruturação da fiscalização em tais termos, com o apoio de órgão de controle externo, firma-se em critério de discricionariedade técnica por parte do administrador e produz presunção juris tantum de razoabilidade quanto aos critérios adotados à luz das possibilidades do ente.

24. É que decisões tomadas com base em critério de discricionariedade técnica firmam-se em um juízo de expertise para o qual estão especialmente habilitados o administrador e o órgão técnico que o assessora. Nessas condições, presume-se que tais autoridades têm capacidades institucionais e habilitação mais adequadas para determinadas escolhas, o que recomenda uma atitude de deferência dos demais órgãos, inclusive do próprio Judiciário, a tais escolhas[6]. Esse é o raciocínio empregado para impor maior autocontenção judicial no exame de normas produzidas por agências reguladoras em questões que envolvem expertise técnica na regulação de petróleo, energia elétrica e telecomunicações. A mesma lógica deve ser aplicada à estruturação da fiscalização por amostragem elaborada pelo ente com o suporte de seu órgão de controle externo. Assim, a escolha da modalidade de fiscalização deve se sujeitar a um controle judicial mais brando.

25. Uma vez efetuada a fiscalização por amostragem, nos termos aqui propostos, não é possível afirmar que o Poder Público se omitiu no seu dever de fiscalizar. Vale anotar, contudo, que, diferentemente do que pode parecer, essa assertiva e, ainda, as providências propostas no próximo item são protetivas dos interesses dos trabalhadores (e não o contrário) porque fixam critérios objetivos de fiscalização e medidas aptas a sanar o inadimplemento trabalhista pelas contratadas, favorecendo os interesses dos empregados.

.....

35. Por fim, no que respeita ao ônus da prova, não há dúvida de que compete ao Poder Público o ônus de demonstrar que realizou fiscalização adequada e de que tomou as medidas indicadas para buscar sanar eventuais



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

irregularidades trabalhistas, sob pena de configuração de culpa in vigilando. Não é razoável atribuir ao cidadão prova de fato negativo, ou seja, prova de não fiscalização. Esse tipo de exigência é ainda mais absurdo no caso dos trabalhadores, diante da sua manifesta hipossuficiência, ao passo que se trata de prova de considerável simplicidade para o Poder Público. (...).

O Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou os votos da Ministra Rosa Weber e do Ministro Roberto Barroso quanto à inversão do ônus da prova.

O Ministro Dias Toffoli ponderou:

Vejam, como fiscalizar todas essas verbas, sendo isso inclusive após uma rescisão contratual? Durante o contrato da reclamante com a empresa terceirizada, ela não apresentou a reclamatória. Ela foi apresentada depois. A primeira reclamada, a empresa terceirizada não comparece, ré confessa. Tudo aquilo que foi alegado é presumido. A União não teria sequer elementos para fazer a defesa: se, por exemplo, a demissão foi com justa causa ou não, se estavam pendentes ou não aquelas verbas salariais e indenizatórias.

Essa é a minha dificuldade no caso concreto, e mesmo neste caso concreto, de se dizer que não é uma aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, Ministro Luiz Fux. Eu penso que aqui, pela leitura das peças dos autos, nós estamos exatamente diante de uma responsabilidade objetiva do Estado para além de uma presunção de ausência de fiscalização por parte do Estado, no caso específico, da União.

Por isso, sem tomar mais o tempo da Corte, eu vou rogar vênias à eminente Relatora, por seu magnífico voto aqui proferido, rogar vênias aos eminentes Colegas que a acompanharam, para me somar à divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux e, também, ao belíssimo voto trazido pelo Ministro Marco Aurélio. Portanto, conheço em parte do recurso e, nessa parte, - penso que é unanimidade, todos dele conhecemos em parte -, dou provimento ao recurso extraordinário.

A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, declarou que:



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

7. Em 24.11.2010, quando este Supremo Tribunal decidiu pela procedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 (Dje 9.9.2011), declarando constitucional o art. 71, §1º, da Lei Federal n. 8.666/1993, asseverou a impossibilidade de transferência automática da responsabilidade pelos encargos trabalhistas decorrentes de contrato de terceirização, à Administração Pública tomadora dos serviços:

.....
Naquela assentada, proferi voto-vista asseverando que "a responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo de agente público que aja nessa qualidade." (...)

Concluí então que "A aplicação do art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93 não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa. Isso não importa afirmar que a pessoa da Administração Pública possa ser diretamente chamada em juízo para responder por obrigações trabalhistas devidas por empresas por ela contratadas".

.....
Entretanto, na Reclamação n. 1532, analisei a matéria com mais profundidade, com vistas às normas regulamentares que impõem à Administração Pública o dever de fiscalizar os contratos de terceirização de mão-de-obra. Naquele julgado, tratei, especificamente, da imputação de culpa in eligendo e in vigilando à Administração Pública, por suposta deficiência na fiscalização da fiel execução da normas trabalhistas, pela empresa empregadora, no contrato administrativo de terceirização.

.....
15. Da moldura fática apresentada no acórdão recorrido, não há demonstração dessa comprovação cabal da responsabilidade da Administração Pública pelo descumprimento da legislação trabalhista.

16. A decisão contrariou o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

O Ministro Alexandre de Moraes, acompanhando a divergência lançada pelo Ministro Luiz Fux, discorreu o seguinte acerca da matéria:

.....
A meu ver, portanto, a consolidação da responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, representa claro risco de desestímulo à colaboração da iniciativa privada com a Administração Pública, estratégia essencial para que o Estado brasileiro consiga se modernizar.

De certa forma, o próprio Ministro ROBERTO BARROSO, em seu alentado voto, já havia identificado que a exigência de uma fiscalização total sobre o pagamento das verbas devidas aos trabalhadores poderia gerar um efeito dissuasório sobre os contratos de terceirização, tendo em vista a sucumbência da racionalidade econômica dessa dinâmica.

.....
Creio, porém, que os inconvenientes são ainda maiores: permitir a responsabilização indiscriminada do Poder Público por verbas trabalhistas é desestimular em sentido amplo a tão necessária cooperação com a iniciativa privada, tornando-a ainda menos atrativa, em tempos de aguda recessão econômica e de necessidade de modernização e eficiência da Administração Pública em suas finalidades essenciais. Exigir que a Administração Pública proceda "in totum" a exaustivas rotinas de vigilância da execução de contratos terceirizados não apenas corrói a lógica econômica dessas avenças, desestimulandoas, como imputa ao tomador de serviços uma responsabilidade diretiva típica da subordinação empregatícia, que deveria ser exercida pelo empregador.

Teríamos, conseqüentemente, um duplo gasto do poder público para a mesma finalidade, pois, além da taxa de fiscalização, haveria necessidade de manutenção de setores específicos para a realização dessa tarefa, como se não houvesse terceirização, mas sim prestação direta dos serviços.

Certamente há algo de contraditório nisso, como bem destacado no voto do Ministro MARCO AURÉLIO, ao apontar que "assentando invariavelmente a falta de fiscalização do poder público, como se ele devesse olvidando os parâmetros do contrato de terceirização, constituir uma equipe



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

e colocar dentro da empresa contratada, assentando, invariavelmente, essa responsabilidade". (...)

O que pode induzir à responsabilização do Poder Público é a comprovação de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; ou seja, a necessidade de prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador. Se não houver essa fixação expressa, clara e taxativa por esta Corte, estaremos possibilitando, novamente, outras interpretações que acabem por afastar o entendimento definitivo sobre a responsabilização da Administração Pública nas terceirizações, com a possibilidade de novas condenações do Estado por mero inadimplemento e, conseqüentemente a manutenção do desrespeito à decisão desta Corte na ADC 16. (...)

O caso concreto não tem elementos suficientes para permitir a caracterização dessa responsabilidade. Não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; não há prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador.

Após intenso debate, o Pleno do STF inseriu a expressão "automaticamente" na tese, a fim de estabelecer, em síntese, que: a) o inadimplemento dos encargos trabalhistas não gera a responsabilidade da Administração Pública e b) se houver comprovada culpa atribuída ao ente público, demonstrada nos autos, por negligência ou ausência de fiscalização, incide a responsabilidade subsidiária subjetiva.

Quanto à questão do ônus da prova, os ministros debateram nos seguintes termos:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, eu acompanho a tese formulada e a preocupação do Ministro Luís Roberto Barroso quanto à necessidade de obiter dictum.

Eu penso que nós temos os obiter dicta, porque vários de nós, sejam os vencidos, sejam os vencedores, quanto à parte dispositiva, em muito da fundamentação, colocaram-se de acordo. E uma das questões relevantes é: a quem cabe o ônus da prova? Cabe ao reclamante provar que a Administração falhou, ou à Administração provar que ela diligenciou na fiscalização do



PROCESSO N° TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

contrato? (...) Eu mesmo acompanhei o Ministro Redator para o acórdão - agora Relator para o acórdão -, o Ministro Luiz Fux, divergindo da Ministra Relatora original, Ministra Rosa Weber, mas entendendo que é muito difícil ao reclamante fazer a prova de que a fiscalização do agente público não se operou, e que essa prova é uma prova da qual cabe à Administração Pública se desincumbir caso ela seja colocada no polo passivo da reclamação trabalhista, porque, muitas vezes, esse dado, o reclamante não tem.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX:

Mas veja o seguinte, Ministro Toffoli, só uma breve observação. Suponhamos que o reclamante promova uma demanda alegando isso. Então, ele tem que provar o fato constitutivo do seu direito: deixei de receber, porque a Administração largou o contratado para lá, e eu fiquei sem receber. Na defesa, caberá... Porque propor a ação é inerente ao acesso à Justiça. O fato constitutivo, é preciso comprovar na propositura da ação. E cabe ao réu comprovar fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor. Então, a Administração vai ter que chegar e dizer: "Claro, olha aqui, eu fiscalizei e tenho esses boletins". E tudo isso vai se passar lá embaixo, porque aqui nós não vamos mais examinar provas.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Concordo, mas é importante esta sinalização, seja no obiter dictum que agora faço, seja nos obiter dicta ou na fundamentação do voto que já fizera anteriormente, e que fez agora o Ministro Luís Roberto Barroso, assim como a Ministra Rosa Weber: a Administração Pública, ao ser acionada, tem que trazer aos autos elementos de que diligenciou no acompanhamento do contrato.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX:

Agora, veja o seguinte: o primeiro ônus da prova é de quem promove a ação.

.....
O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu estou registrando esse posicionamento no sentido de que a Administração Pública, uma vez acionada, tem que apresentar defesa, porque, muitas vezes, ela simplesmente diz: "Eu não tenho nada a ver com isso" - e tem, ela contratou uma empresa.



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

Dos fundamentos do voto vencedor e dos demais votos proferidos em sessão, extrai-se que atribuir o ônus da prova à Administração Pública ou deixar de considerar os documentos apresentados e as provas efetivamente produzidas é o mesmo que lhe impor a responsabilidade pelo simples inadimplemento e de forma objetiva, o que contraria o disposto na ADC 16.

Não obstante meu posicionamento, no debate travado por ocasião do referido julgamento, por diversas vezes foram feitas admoestações à Justiça do Trabalho por tornar inócua a decisão proferida na ADC 16, ao impor à Administração Pública um ônus equivalente ao do próprio empregador ante a atribuição de responsabilidade pela ausência de fiscalização de provas de que fiscalizou.

Dessa forma, a *ratio decidendi* da decisão proferida pela Suprema Corte no julgamento do tema de Repercussão Geral nº 246 é no sentido de que, em regra, a Administração Pública não responde pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços, consoante os termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

A exceção, resguardada por ocasião do julgamento da ADC 16, se restringe às situações em que haja prova concreta de que a Administração Pública foi negligente na fiscalização ou conivente com o descumprimento das obrigações contratuais pela contratada, incorrendo em culpa *in vigilando*, não se admitindo a assertiva genérica nesse sentido.

De igual modo, apesar de a tese fixada pela Suprema Corte não tratar expressamente da distribuição do ônus da prova (matéria infraconstitucional), a questão integrou a *ratio decidendi* do tema de Repercussão Geral nº 246. Ficou também definido que não se admite nenhum tipo de presunção em desfavor da Administração Pública e que a obrigação de comprovar a culpa atribuída ao ente público é do trabalhador, sendo descabida a aplicação do princípio da aptidão para a prova.

Com a ressalva de meu entendimento, o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos do direito (inexistência de fiscalização) é do trabalhador e a culpa da Administração Pública deve estar inequivocamente comprovada nos autos.

Nesse exato sentido são os seguintes julgados:



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

(...) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA SEGUNDA RÉ CORSAN. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 760.931. REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, IV E V, DO TST. RATIO DECIDENDI. No julgamento do RE 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". É certo, porém, que no sistema de precedentes de força vinculante, o trabalho do julgador não se limita a reproduzir a decisão, como se estivesse exercendo atividade meramente burocrática. A tarefa é mais profunda. É preciso extrair, com precisão, a essência do julgado, além de analisar, caso a caso, se a situação concreta a ele se amolda ou se há distinção que justifique outra solução a ser adotada. Quanto ao tema em discussão, a tese fixada não é suficiente para externar, com precisão, a decisão da Corte Suprema, já que enuncia, de forma genérica, a impossibilidade de condenação automática do ente público, e não é esse o conteúdo da Súmula nº 331, V, do TST, que norteava a jurisdição trabalhista. Nesse contexto, a partir do exame acurado dos fundamentos do acórdão publicado em 12/09/2017, é possível definir a ratio decidendi do precedente, que abrange duas premissas: a) a condenação subsidiária do ente público tomador de serviços, em relação às empresas contratadas por meio de licitação, depende de prova robusta e inequívoca da ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora; b) o ônus dessa prova incumbe ao empregado. Como não é essa a situação dos autos, deve ser reformada a decisão regional, para excluir a responsabilidade trabalhista subsidiária atribuída à recorrente. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR-416-71.2011.5.04.0122, 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT de 9/3/2018)



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

A) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA PETROBRAS. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. 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, NÃO EXPLICITADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO TOCANTE À AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. ENCARGO DO TRABALHADOR, SEGUNDO INTERPRETAÇÃO DESTA TERCEIRA TURMA À JURISPRUDÊNCIA DO STF. RESSALVA DESTE RELATOR. 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 nº 760.931, 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. No caso concreto, o TRT de origem manteve a condenação subsidiária por mera inadimplência da empresa terceirizada quanto às verbas trabalhistas e previdenciárias devidas ao trabalhador terceirizado, tese superada pela jurisprudência atual do STF. Acresça-se, no tocante ao ônus da entidade estatal de provar o cumprimento dos contratos firmados com a empresa terceirizada, que a discussão foi superada pela interpretação dada à matéria pela maioria desta douta Terceira Turma, que realiza a seguinte interpretação da decisão do STF, no tocante à distribuição do encargo probatório: afirmando o TRT que o ônus da prova é



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

da entidade estatal tomadora de serviços, não há como se manter a responsabilidade dessa entidade, uma vez que não se aplica, 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). Feita a ressalva de entendimento deste Ministro Relator, que entende que não contraria a ADC nº 16 a inversão do ônus probatório, com encargo do empregador quanto à comprovação da fiscalização dos contratos, confere-se efetividade à jurisprudência que se tornou dominante nesta 3ª Turma, inspirada por decisões do STF, inclusive em reclamações constitucionais, afastando-se a responsabilidade subsidiária da entidade estatal tomadora de serviços. Recurso de revista conhecido e provido. (...) (ARR-10473-14.2015.5.15.0087, 3ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT de 29/6/2018)

(...) RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ÔNUS DA PROVA. A 6ª Turma do TST decidiu seguir o teor de decisões monocráticas do STF que têm afirmado ser do reclamante o ônus da prova acerca da efetiva fiscalização na execução do contrato de terceirização de mão de obra por integrante da Administração Pública. Considerando que, no caso em exame, a condenação foi embasada no mero inadimplemento e a ausência de fiscalização decorreu unicamente do entendimento de não satisfação do encargo probatório pela tomadora dos serviços, o que contrariaria o entendimento exarado pela Suprema Corte - ressalvado entendimento diverso do relator -, ficou ausente registro factual específico da culpa in vigilando, na qual teria incorrido a tomadora de serviços. Nesse contexto, não há como manter a responsabilidade subsidiária do órgão público contratante. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-394-69.2016.5.12.0007, 6ª Turma, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT de 16/3/2018)

(...) III - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

DE SERVIÇOS. ÔNUS DA PROVA. CULPA IN VIGILANDO NÃO DEMONSTRADA. Em recente decisão, no RE 760.931, com repercussão geral, o STF firmou o entendimento de que o ônus da prova da culpa in vigilando, no caso de terceirização trabalhista levada a cabo pela Administração Pública, deve recair sobre o reclamante. Assim, a conclusão do Regional, no sentido de que era ônus da empresa tomadora dos serviços a prova da efetiva fiscalização, está em dissonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Ressalva de entendimento. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-20077-64.2014.5.04.0305, 2ª Turma, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, DEJT de 28/9/2018)

I - RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. UNIÃO. ACÓRDÃO DO TRT PROFERIDO APÓS A ATUAL REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 331 DO TST. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS RECONHECIDA PELA CORTE REGIONAL SEM PROVA DE CULPA DO ENTE PÚBLICO. VEDAÇÃO CONFORME ENTENDIMENTO DO STF. 1 - Preenchidos os requisitos do art. 896, § 1º-A, da CLT. 2 - De acordo com a Súmula nº 331, V, do TST e a ADC nº 16 do STF, é vedado o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público com base no mero inadimplemento do empregador no cumprimento das obrigações trabalhistas, e deve haver prova da culpa in eligendo ou in vigilando do tomador de serviços. 3 - Também de acordo com o entendimento do STF, em diversas reclamações constitucionais, não deve ser reconhecida a responsabilidade subsidiária com base na distribuição do ônus da prova em desfavor do ente público, cujos atos gozam da presunção de legalidade e de legitimidade. Por disciplina judiciária, essa diretriz passou a ser seguida pela Sexta Turma do TST, a partir da Sessão de Julgamento de 25/3/2015. 4 - Recurso de revista a que se dá provimento. Fica prejudicado o exame dos temas remanescentes. (...) (ARR-1788-42.2014.5.03.0069, 6ª Turma, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, DEJT de 26/5/2017)

(...) RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO.
RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONDUTA



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

CULPOSA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PROVIMENTO. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 16, ao declarar a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, firmou posição de que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços não transfere à Administração Pública, de forma automática, a responsabilidade pelo pagamento do referido débito. Ressaltou, contudo, ser possível a imputação da mencionada responsabilidade, quando evidenciada a sua conduta culposa, caracterizada pelo descumprimento de normas de observância obrigatória, seja na escolha da empresa prestadora de serviços (culpa in eligendo) ou na fiscalização da execução do contrato (culpa in vigilando). Ainda sobre a conduta culposa, o STF vem decidindo que a inversão do ônus da prova em favor do empregado, com a consequente responsabilização do ente público é inadmissível, uma vez que a responsabilidade da Administração deve estar devidamente demonstrada e delimitada pelas circunstâncias do caso concreto, nos termos da decisão proferida na ADC nº 16. Precedentes do STF. Na hipótese, depreende-se da leitura do acórdão recorrido que o egrégio Tribunal Regional reconheceu a responsabilidade subsidiária da Administração Pública a partir da inversão do ônus probatório, concluindo que o ente público não produziu provas suficientes de que não contribuiu, de forma culposa, com o dano sofrido pelo empregado quanto ao inadimplemento das obrigações trabalhistas (culpa in vigilando), o que configura responsabilização automática do ente público, procedimento que destoa do comando contido na decisão da ADC nº 16 e, por conseguinte, do entendimento perfilhado na Súmula nº 331, V. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR-10063-96.2015.5.15.0008, 4ª Turma, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT de 28/9/2018)

Assim, **curvando-me à decisão vinculante do STF, por disciplina judiciária**, no caso, a Administração Pública não pode ser responsabilizada subsidiariamente pela dívida trabalhista, pois o ônus da prova da culpa *in vigilando* recai sobre o trabalhador e não basta o simples inadimplemento das obrigações laborais assumidas pela empresa terceirizada.



PROCESSO Nº TST-Ag-RR-2947-16.2011.5.02.0081

Acrescento que, no caso específico dos autos, o Tribunal Regional, mesmo soberano no exame do conjunto fático-probatório dos autos, não se ateve em verificar se houve real omissão do Município na vigilância - culpa *in vigilando* - do pacto administrativo firmado com a empresa prestadora dos serviços. Não é a hipótese, portanto, de determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional de origem.

Ante o exposto, mantenho a decisão agravada e **nego provimento** ao agravo.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 22 de maio de 2019.

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

MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO

Relator