



PROCESSO Nº TST-RR-1381-64.2011.5.02.0038

A C Ó R D ã O
7ª Turma
CMB/el/aps

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. FGTS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver sido demonstrada possível afronta ao artigo 818 da CLT, nos moldes do artigo 896, "a", da CLT.

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Nos termos do item V da Súmula nº 331 do TST, editado à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16/DF, nos casos de terceirização de serviços, os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta responderão subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas das empresas prestadoras, quando forem negligentes em relação ao dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da contratada. No presente feito, o quadro fático delineado no acórdão regional não evidencia a culpa *in vigilando* do ente público. Assim, ao excluir a responsabilidade subsidiária atribuída ao recorrido, a Corte *a quo* decidiu em plena sintonia com o verbete acima mencionado. Recurso de revista de que não se conhece.

FGTS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA. De acordo com o princípio da aptidão da prova em relação à matéria e com os artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC, é do empregador o ônus de provar o correto recolhimento dos depósitos de FGTS no transcurso do



PROCESSO Nº TST-RR-1381-64.2011.5.02.0038

vínculo empregatício, uma vez que detém os documentos aptos a tal comprovação. Se não o faz, deve ser deferida a parcela, garantida a dedução dos valores eventualmente constantes na conta vinculada. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-1381-64.2011.5.02.0038**, em que é Recorrente **ANGELO NETO DE CARVALHO** e são Recorridos **MAKRO ATACADISTA S.A., CENTRO DE ATENDIMENTO SÓCIOEDUCATIVO AO ADOLESCENTE - FUNDAÇÃO CASA/SP e VISE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA.**

O reclamante, não se conformando com o despacho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (fls. 530/534) que negou seguimento ao recurso de revista, interpõe o presente agravo de instrumento (fls. 536/562) sustentando que foram preenchidos todos os pressupostos legais para o regular processamento daquele recurso.

Contraminuta às fls. 566/570 e 586/587 e contrarrazões às fls. 572/577 e 589/590.

O Ministério Público do Trabalho oficiou pelo prosseguimento do feito. (fls. 603/605)

É o relatório.

V O T O

Inicialmente, destaco que o presente apelo será apreciado à luz da Consolidação das Leis do Trabalho, sem as alterações promovidas pela Lei nº 13.015/2014, uma vez que se aplica apenas aos recursos interpostos em face de decisão publicada já na sua vigência, o que não é a hipótese dos autos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

CONHECIMENTO



PROCESSO Nº TST-RR-1381-64.2011.5.02.0038

Conheço do agravo de instrumento, visto que presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

MÉRITO

FGTS - RECOLHIMENTO - ÔNUS DA PROVA - PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA

O reclamante alega que o ônus da prova quanto aos depósitos do FGTS é da reclamada. Aponta violação dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC. Transcreve arestos para o confronto de teses.

Eis a decisão recorrida:

“O reclamante alega na inicial que a reclamada não efetuou corretamente os depósitos do FGTS durante o contrato de trabalho. Contudo, não apresentou qualquer prova a ratificar suas assertivas, ônus esse de sua total incumbência, haja vista tratar-se de fato constitutivo do direito que pretendia ver reconhecido em Juízo.

A simples alegação do obreiro de existência de diferença de depósitos do FGTS não autoriza a procedência do pedido. Como o empregado, periodicamente, recebe extratos de conta vinculada, cumpre-lhe demonstrar a falta de depósitos ou a efetivação deles a menor, para haver as diferenças pleiteadas. À míngua dessa prova, não há como ser deferidas as diferenças postuladas.

Mantenho.” (fl. 501)

A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que cabe ao empregador provar a quitação eventualmente alegada, especialmente quando se refere à documentação comprobatória de recolhimento cuja obrigação de guarda lhe é afeta, por se tratar de fato extintivo do direito do autor, a teor dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC.

Não é necessária a especificação do período em que não foram realizados os aludidos depósitos. Na ausência de indicação expressa, deve-se entender que abrange o lapso temporal correspondente ao vínculo na sua integralidade.



PROCESSO Nº TST-RR-1381-64.2011.5.02.0038

Com base no princípio da aptidão da prova em relação à matéria e nos artigos acima citados, a reclamada deve arcar com o pagamento correlato, uma vez que não apresentou documentos que comprovassem o recolhimento de FGTS na conta vinculada do reclamante, garantida a dedução do valor eventualmente existente na referida conta. Nesse sentido cito os seguintes precedentes desta Corte:

"FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. A teor do art. 818 da CLT, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer, e, nos termos do art. 333 do CPC, incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito (inc. I) e ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor (inc. II). Dessa forma, tendo a reclamada alegado o correto recolhimento dos valores relativos ao FGTS, sustentou fato extintivo do direito alegado pela reclamante, atraindo para si o ônus da prova, nos termos do art. 333, inc. II, do CPC. Note-se que, com o cancelamento da Orientação Jurisprudencial 301 da SDI-1, esta Corte tem adotado o entendimento de que, em se tratando de pedido de diferenças de FGTS, é do reclamado o ônus da prova da inexistência de diferenças, uma vez que é do empregador a obrigação legal de efetuar os recolhimentos dos valores relativos ao FGTS na conta vinculada do empregado. Precedentes. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento." (E-RR - 117800-10.1998.5.02.0464, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 14/12/2012);

"RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. DEPÓSITO DO FGTS. ÔNUS DA PROVA. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO NÃO CONFIGURADA. A Orientação Jurisprudencial nº 301 da SBDI-1 desta Corte encontra-se cancelada, conforme Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011; desse modo tal verbete não serve ao propósito de demonstrar a violação ao artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. De qualquer maneira, no caso, o TST, ao cancelar a referida diretriz, impôs o entendimento de que é do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, daí porque é cabível a condenação ao pagamento das respectivas diferenças, eis que, conforme descrito no acórdão regional, o reclamado não se desincumbiu do ônus processual que lhe cabia. Correta a decisão da Turma que não conheceu do recurso de revista da CORSAN. Recurso de embargos não conhecido." (E-ED-RR - 7828700-09.2003.5.04.0900, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 13/04/2012);



PROCESSO Nº TST-RR-1381-64.2011.5.02.0038

"(...) DIFERENÇAS NO RECOLHIMENTO DO FGTS. ÔNUS DA PROVA DO RECLAMADO. Esta c. Corte cancelou a Orientação Jurisprudencial 301 da SBDI-1 do c. TST, por concluir que o ônus da prova, nos casos de diferenças de FGTS, será regulado pelo princípio da aptidão para a prova, pois a pretensão resistida em torno da irregularidade dos depósitos do FGTS necessita de confronto com as guias de recolhimento que estão em poder do empregador. À reclamada incumbe o ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, a teor dos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC. Recurso de revista conhecido e provido. (...)" (ARR - 949-13.2010.5.02.0254 Data de Julgamento: 25/09/2013, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/09/2013);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - DEPÓSITOS DE FGTS - ÔNUS DA PROVA. Tendo o reclamante alegado que não houve depósitos do FGTS, ou se foram depositados valores inferiores, a alegação da empregadora de inexistência de diferenças nos recolhimentos do FGTS atrai para si o ônus probatório dos referidos depósitos, devendo demonstrar nos autos o fato extintivo do direito do autor trazido na inicial. Ademais, os princípios da pré-constituição e da aptidão da prova devem ser valorizados, pois a empresa efetua os depósitos e detém os comprovantes de pagamento, possuindo em mãos a prova pré-constituída. Sendo, assim, a parte com mais aptidão para a prova. Incide a Súmula nº 333 do TST. Agravo de instrumento desprovido." (AIRR - 1593-74.2010.5.05.0511, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT 23/08/2013);

"(...) 5. DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. O atual entendimento desta Corte é de que incumbe ao empregador a prova da inexistência de diferenças a título de recolhimento de FGTS, já que é da empresa a obrigação legal de efetuar tais depósitos na conta vinculada do empregado. Precedentes. (...)" (AIRR - 7745-76.2011.5.12.0037, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 06/09/2013).

Ainda nesse sentido, cite-se o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 301 da SBDI-1, por meio da Resolução nº 175/2011.

Nesse passo, verifico possível ofensa ao artigo 818 da CLT, o que torna plausível a revisão do despacho denegatório.



PROCESSO Nº TST-RR-1381-64.2011.5.02.0038

Do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

RECURSO DE REVISTA

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passo à análise dos pressupostos recursais intrínsecos.

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA
- CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS**

O reclamante defende a condenação subsidiária do ente público tomador de serviços. Aponta violação dos artigos 1º, III e IV, 37, § 6º, e 173 da Constituição Federal; e 71 da Lei nº 8.666/93. Indica contrariedade à Súmula nº 331 do TST. Transcreve arestos para o confronto de teses.

Eis a decisão recorrida:

“(…)

Desse modo, na hipótese de ser o tomador de serviços órgão da Administração Pública direta ou indireta, a responsabilidade subsidiária surge não por haver terceirizado os seus serviços, isto é, não de modo automático o que é vedado pela decisão proferida na ADC 16, que dispõe haver no contrato com a administração pública impossibilidade jurídica na transferência consequente e automática a esta dos encargos trabalhistas da empresa contratada, por força da proibição contida no artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, mas pelo seu comportamento omissivo, isto é, por ter atuado com culpa *in vigilando*, em vez de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela empresa fornecedora de mão-de-obra.

E o fato de a contratação entre as reclamadas ter sido precedida de licitação não isenta o Órgão Público de exigir que a empresa prestadora de serviços comprove mensalmente o cumprimento de todas as obrigações trabalhistas e previdenciárias. Assim, se a tomadora não se acautelou e deixou de tomar essas providências, não há como não se lhe atribuir a responsabilidade subsidiária, conforme jurisprudência contida no inciso V da Súmula nº 331 do C. TST.

Ocorre que, na hipótese dos autos, a recorrente demonstrou com os documentos do 2º volume em apartado (p. ex. folhas de pagamento, guias de recolhimento do FGTS e INSS) que procedia a efetiva fiscalização quanto ao correto adimplemento das obrigações trabalhistas pela empregadora do



PROCESSO Nº TST-RR-1381-64.2011.5.02.0038

autor, tanto que cobrou da empresa a apresentação dos referidos documentos para a expedição de Nota Fiscal de Prestação de Serviços. Assim, não há como lhe atribuir responsabilidade subsidiária pelas obrigações não adimplidas pela 1ª reclamada, em face da ausência de culpa *in vigilando*.

Reformo, pois, a r. sentença de origem para afastar a responsabilidade subsidiária da 2ª reclamada (Fundação Casa) e, conseqüentemente, em relação à ora recorrente, julgar improcedentes os pedidos formulados.

Prejudicado, em consequência, o exame dos demais tópicos do recurso voluntário interposto pela 2ª ré, bem como do recurso *ex officio*.” (fls. 498/499 - destaquei)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 16/DF, reconheceu a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, mas admitiu a possibilidade de se atribuir responsabilidade trabalhista subsidiária ao ente público, nas hipóteses em que tenha agido com culpa *in vigilando*, por não fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora.

Portanto, ainda que possua entendimento contrário ao quanto decidido pela Suprema Corte, notadamente em virtude das implicações que possa acarretar aos trabalhadores que atuam sob as diversas modalidades de terceirização de serviços, não mais subsiste qualquer possibilidade de debate quanto ao tema, diante do caráter vinculante estabelecido no artigo 102, § 2º, da Constituição para a decisão proferida.

Já sob essa diretriz, esta Corte Superior conferiu nova redação para a sua Súmula nº 331, a qual passou a dispor:

“SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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

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

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



PROCESSO Nº TST-RR-1381-64.2011.5.02.0038

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

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

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

No presente feito, o quadro fático delineado no acórdão regional não evidencia a culpa *in vigilando* do ente público. Assim, ao excluir a responsabilidade subsidiária atribuída ao recorrido, a Corte *a quo* decidiu em plena sintonia com o verbete acima transcrito.

Incide, no caso, o disposto no artigo 896, §§ 4º e 5º, da CLT.

Não conheço.

FGTS - RECOLHIMENTO - ÔNUS DA PROVA - PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA

CONHECIMENTO

Nos termos da fundamentação expendida na decisão do agravo de instrumento, considero que houve afronta ao artigo 818 da CLT, razão pela qual conheço.

MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do apelo, por violação do artigo 818 da CLT, dou-lhe provimento para condenar a primeira



PROCESSO Nº TST-RR-1381-64.2011.5.02.0038

reclamada ao pagamento de diferenças de depósitos do FGTS, em valor a ser apurado em liquidação de sentença.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Também à unanimidade, conhecer do recurso de revista, apenas quanto ao tema "FGTS - RECOLHIMENTO - ÔNUS DA PROVA - PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA", por violação do artigo 818 da CLT, e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a primeira reclamada ao pagamento de diferenças de depósitos do FGTS, em valor a ser apurado em liquidação de sentença. Fica mantido o valor da condenação, para fins processuais.

Brasília, 27 de Maio de 2015.

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

CLÁUDIO BRANDÃO
Ministro Relator