



PROCESSO N° TST-RR-925-07.2016.5.05.0281

A C Ó R D ã O
(3ª Turma)
GMALB/ps/AB/lds

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS N°s 13.015/2014, 13.105/2015 E 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A potencial ofensa ao art. 71 da Lei n° 8.666/93 encoraja o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. **II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS N°s 13.015/2014, 13.105/2015 E 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.** Diante da salvaguarda inscrita no art. 71 da Lei n° 8.666/93, a responsabilidade subjetiva e subsidiária da Administração Pública Direta ou Indireta encontra lastro em caracterizadas ação ou omissão culposa na fiscalização e adoção de medidas preventivas ou sancionatórias ao inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas prestadoras de serviços contratadas (arts. 58, III, e 67 da Lei n° 8.666/93). Nos termos da decisão proferida pelo excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n° 760.931, com repercussão geral, o ônus de provar a ausência de fiscalização da execução do contrato pertence ao trabalhador. Assim, tendo em vista a decisão do STF e diante da inexistência de elementos que demonstrem a culpa "in vigilando", não se cogita de responsabilidade subsidiária do ente público. Recurso de revista conhecido e provido.



PROCESSO N° TST-RR-925-07.2016.5.05.0281

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-925-07.2016.5.05.0281**, em que é Recorrente **ESTADO DA BAHIA** e são Recorridas **ELIANA DOS SANTOS REIS e CONTRATE GESTÃO EMPRESARIAL EIRELI**.

Pelo despacho recorrido, originário do Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, denegou-se seguimento ao recurso de revista interposto (fls. 493/496-PE).

Inconformado, o segundo reclamado interpôs agravo de instrumento, sustentando, em resumo, que o recurso merece regular processamento (fls. 498/507-PE).

Foi oferecida contraminuta.

Parecer do d. Ministério Público do Trabalho pelo conhecimento e desprovimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

V O T O

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA.
TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA.
TRANSCENDÊNCIA.**

Em recurso de revista, o segundo reclamado pretende a exclusão da responsabilidade subsidiária que lhe foi atribuída. Sustenta a impossibilidade da condenação imposta, em razão do julgamento da ADC n° 16 pelo STF. Alega que o ônus de provar a culpa é da reclamante. Aponta violação dos arts. 5º, II, LIV e LV, e 37, XXI, §§ 2º e 6º, da Constituição Federal, 818 da CLT, 373, I, do CPC e 71, § 1º, da Lei n° 8.666/1993 e contrariedade à Súmula 331, IV e V, do TST. Colaciona arestos.

Em relação ao tema, verifica-se transcendência política, porquanto se constata possível desrespeito à Súmula 331, V, do TST.

Havendo transcendência quanto ao tema em epígrafe, passo ao exame dos pressupostos de cabimento do agravo de instrumento.



PROCESSO N° TST-RR-925-07.2016.5.05.0281

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO.

ADMISSIBILIDADE.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

MÉRITO.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA.

TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA.

O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo Estado da Bahia, sob os seguintes fundamentos, transcritos e destacados nas razões de recurso de revista (art. 896, § 1º-A, I, da CLT):

"Na medida em que a Administração Pública se torna beneficiária direta da força-trabalho dos empregados da empresa contratada, mas negligencia o cumprimento da lei, que impõe não apenas a fiscalização das ações da prestadora, mas subordina a liberação das respectivas faturas à comprovação do adimplemento regular do contrato (art. 58, III e IV, Lei 8.666/93), sua conduta culposa in vigilando autoriza atribuir-lhe o dever de garantir, subsidiariamente, o cumprimento de tais encargos, conforme a construção jurisprudencial sintetizada na Súmula 331 do TST, sem prejuízo da ação regressiva que couber contra o obrigado.

É pertinente acrescentar que tal responsabilidade não se atrita com a sistemática da Lei nº 8666/93, mas, ao contrário, encontra largo amparo no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. No particular, a 'Lei de Licitações' prescreve apenas que o inadimplemento da prestadora de serviços não transfere, automaticamente, a responsabilidade para o tomador, ente da administração pública, ao passo que a responsabilidade subsidiária somente se opera quando a prestadora não possua bens suficientes para adimplir seus débitos trabalhistas em sede de cumprimento do julgado.

Vale também consignar que, por efeito do julgamento da ADC nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal, com foco no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, o Tribunal Superior do Trabalho compatibilizou a Súmula 331 de sua jurisprudência com o referido decisum, mediante a edição do item V, verbis:



PROCESSO N° TST-RR-925-07.2016.5.05.0281

‘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 8.666/93, 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’.

O inadimplemento culposo do contrato de trabalho terceirizado, ao mesmo tempo em que revela, por si somente, o mau empregador, respinga sobre o tomador do serviço, que o selecionou e, ao contratá-lo, assumiu o dever legal de fiscalizar a execução do contrato. Já por aí, impunha-se à segunda reclamada o ônus de demonstrar o exato cumprimento desse dever, para eximir-se do efeito reflexivo da responsabilidade trabalhista diretamente atribuída ao empregador inadimplente.

Neste sentido, observa-se o teor da Súmula n° 41 deste Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região:

‘SÚMULA TRT5 n° 41 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Recai sobre a Administração Pública direta e indireta o ônus de demonstrar que fiscalizava o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora’.

No caso concreto, constata-se que o tomador agiu com leniência, senão negligência, na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da contratada em relação aos trabalhadores que lhe prestavam serviços, incluído o reclamante.

Com relação aos documentos juntados aos autos pelo recorrente com sua defesa, afiguram-se insuficientes à prova de que o mesmo fora diligente no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada em face do reclamante, apesar de estar a tanto obrigado por lei, o que, se efetivamente cumprido, não teria ensejado o inadimplemento dos haveres trabalhistas da autora reconhecidos nesta ação.

Força é concluir, diante desse quadro de descalabro e precarização do pacto laboral, que o segundo reclamado, na qualidade de tomador e beneficiário dos serviços prestados pelo reclamante, não somente



PROCESSO N° TST-RR-925-07.2016.5.05.0281

negligenciou os deveres de eficiência e cautela, ao selecionar e contratar empresa inidônea, incidindo em culpa in eligendo, mas também desdenhou de seu dever legal de fiscalizar a execução do contrato, inclusive o cumprimento das obrigações da contratada perante os trabalhadores ali engajados, em razão do que também deve responder por sua culpa in vigilando, a teor dos artigos 186 e 187 do Código Civil, na diretriz do item V da Súmula 331 do TST.

Avulta, assim, a responsabilidade subsidiária do segundo reclamado, abrangendo todos os direitos trabalhistas inadimplidos pela empregadora do autor, indistintamente.

Item de recurso. Nega-se provimento.”

Em recurso de revista, o segundo reclamado pretende a exclusão da responsabilidade subsidiária que lhe foi atribuída. Sustenta a impossibilidade da condenação imposta, em razão do julgamento da ADC n° 16 pelo STF. Alega que o ônus de provar a culpa é da reclamante. Aponta violação dos arts. 5º, II, LIV e LV, e 37, XXI, §§ 2º e 6º, da Constituição Federal, 818 da CLT, 373, I, do CPC e 71, § 1º, da Lei n° 8.666/1993 e contrariedade à Súmula 331, IV e V, do TST. Colaciona arestos.

Diante da salvaguarda inscrita no art. 71 da Lei n° 8.666/93, a responsabilidade subjetiva e subsidiária da Administração Pública Direta ou Indireta encontra lastro em caracterizadas ação ou omissão culposa na fiscalização e adoção de medidas preventivas ou sancionatórias ao inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas prestadoras de serviços contratadas (arts. 58, III, e 67 da Lei n° 8.666/93).

Não se está em campo de cogitação do adimplemento das obrigações regulares e ínsitas ao contrato administrativo decorrente de licitação, mas, com olhos também postos no quanto dispõem os arts. 1º, incisos III e IV, e 170 da Constituição Federal, na trilha de evidência de culpa *in vigilando* e da conseqüente responsabilidade civil, pela omissão no poder-dever de fiscalizar.

Por outra face, o STF, ao apreciar a Ação Declaratória de Constitucionalidade 16-DF (Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em



PROCESSO N° TST-RR-925-07.2016.5.05.0281

24.11.2010 e publicado no DJe de 9.9.2011), concluiu ser necessária, para o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, a efetiva demonstração de culpa, na linha da teoria da responsabilidade subjetiva extracontratual, não se aplicando, ao caso, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Sempre decidi no sentido de que cabe à Administração Pública apresentar as provas necessárias à demonstração de que fiscalizou a execução do contrato administrativo.

De fato, obrigada à posse dos documentos que seriam próprios ao dever de acompanhamento do contrato (art. 58, III, da Lei nº 8.666/1993), o Estado assume o *onus probandi*, ao alegar fato que poderia modificar o direito alegado (arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC/1973).

O poder-dever constitucional de zelar pela correta aplicação dos recursos públicos, inclusive aqueles relativos a contratos e convênios de prestação de serviços, recai sobre a Administração Pública e não sobre o particular (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/1993).

Assim sendo, é o Ente Público que possui recursos probatórios (documentos, processos administrativos etc.) capazes de comprovar a eficiente fiscalização da execução do contrato administrativo, sendo que não há razão para a não apresentação desses elementos probatórios em juízo. De outra face, é evidente que o cidadão-trabalhador não tem em sua posse os processos administrativos relativos à licitação (ou sua dispensa), às multas administrativas eventualmente aplicadas ou aos procedimentos de retenção de créditos e garantias (art. 80, III e IV, da Lei nº 8.666/1993).

Portanto, a inércia e recusa deliberada do Ente Público em demonstrar documentalmente o cumprimento de um dever que a Lei lhe impõe - o de fiscalizar a correta execução do contrato administrativo - não pode servir como obstáculo ao direito pleiteado pela parte adversa, uma vez que, ao litigar com o particular, é dever da Administração Pública “**expor os fatos em juízo conforme a verdade**” (art. 14, I, do CPC/1973) e proceder com lealdade e boa-fé.



PROCESSO N° TST-RR-925-07.2016.5.05.0281

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n° 760.931, com repercussão geral, atribuiu o ônus da prova da ausência de fiscalização ao trabalhador.

Assim, em respeito ao decidido, curvo-me ao entendimento do STF acerca da matéria.

No presente caso, o Regional consignou que o Estado da Bahia não produziu prova acerca da efetiva fiscalização, não evidenciando qualquer elemento que, na visão do STF, permita concluir pela existência de culpa *in vigilando*, circunstância que recusa a condenação subsidiária.

Ante o exposto, verifica-se potencial violação do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93, razão pela qual dou provimento ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista.

II - RECURSO DE REVISTA.

Tempestivo o apelo (fl. 493-PE), regular a representação (Súmula 436/TST) e isento de preparo (CLT, art. 790-A e DL 779/69, art. 1º, IV), estão preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade.

1 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA.

1.1 - CONHECIMENTO.

Reporto-me às razões de decidir lançadas quando da análise do agravo de instrumento, para consignar que o recurso de revista merece conhecimento, por violação do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93.

1.2 - MÉRITO.

Conhecido o recurso, por violação do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93, dou provimento, para afastar a responsabilidade subsidiária do Estado da Bahia, julgando, quanto a ele, improcedente a reclamação.

ISTO POSTO



PROCESSO N° TST-RR-925-07.2016.5.05.0281

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, dar-lhe provimento, para determinar o processamento do recurso de revista. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por violação do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93, e, no mérito, dar-lhe provimento, para afastar a responsabilidade subsidiária do Estado da Bahia, julgando, quanto a ele, improcedente a reclamação.

Brasília, 5 de junho de 2019.

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

ALBERTO BRESCIANI

Ministro Relator