



PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

A C Ó R D ã O  
SDI-1  
CMB/asa/cm/cmb

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI N° 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE N° 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA N° 331, V, DO TST. **RATIO DECIDENDI. ÔNUS DA PROVA.** No julgamento do RE n° 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese, com repercussão geral: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado **não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento**, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. O exame da *ratio decidendi* da mencionada decisão revela, ainda, que a ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, autoriza a responsabilização do Poder Público. Após o julgamento dos embargos de declaração e tendo sido expressamente rejeitada a proposta de que fossem parcialmente acolhidos para se esclarecer que o ônus da prova desse fato pertencia ao empregado, pode-se concluir que cabe a esta Corte Superior a definição da matéria, diante de sua natureza eminentemente infraconstitucional. Nessa linha, a remansosa e antiga jurisprudência daquele Tribunal: AI 405738 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., julg. em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min.



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

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

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**, em que é Embargante **ELIANA DOS SANTOS REIS** e Embargado **ESTADO DA BAHIA e CONTRATE GESTÃO EMPRESARIAL EIRELI**.



**PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

A Egrégia 3ª Turma deste Tribunal deu provimento ao recurso de revista interposto pelo segundo réu - Estado da Bahia - para afastar a responsabilidade subsidiária do Poder Público, julgando, quanto a ele, improcedentes os pedidos formulados na presente ação (fls. 545/552).

A autora interpõe os presentes embargos, em que aponta violação de dispositivos de lei e da Constituição Federal, contrariedade à Súmula n° 331, V, do TST e à Súmula Vinculante n° 10 do STF, bem como indica divergência jurisprudencial (fls. 554/563).

O recurso foi admitido pelo Ministro Presidente da Turma julgadora, diante de possível divergência jurisprudencial (fls. 582/583).

Impugnação ausente, consoante certidão à fl. 585.

O Ministério Público do Trabalho se manifestou pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 588/596).

É o relatório.

**V O T O**

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passo à análise dos pressupostos intrínsecos do recurso de embargos, que se rege pela Lei n° 13.467/2017.

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA  
- CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LICITAÇÃO - DECISÃO PROFERIDA PELO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE N° 760.931 - TEMA 246 DE REPERCUSSÃO GERAL  
- SÚMULA N° 331, V, DO TST - *RATIO DECIDENDI* - ÔNUS DA PROVA**

**CONHECIMENTO**

A Egrégia 3ª Turma conheceu do recurso de revista interposto pelo segundo réu - Estado da Bahia, quanto ao tema em epígrafe, por violação do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93; no mérito, deu-lhe

Firmado por assinatura digital em 18/12/2019 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-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

provimento para afastar a responsabilidade subsidiária do Poder Público e julgar, quanto a ele, improcedentes os pedidos formulados na presente ação. Consignou, para tanto, os seguintes fundamentos:

**“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 decísum, mediante a edição do item V, *verbis*:

(...)

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



**PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

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 descabro e precarização do pacto laboral, que o segundo reclamado, na qualidade de tomador e beneficiário dos serviços prestados pelo reclamante, não somente 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.



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

Diante da salvaguarda inscrita no art. 71 da Lei nº 8.666/93, a responsabilidade subjetiva e subsidiária da Administração Pública Direta ou Indireta encontra lastro em caracterizada 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 nº 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 consequente 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 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-E-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.” (fls. 547/551 – destaquei)

A autora sustenta ser do Poder Público tomador de serviços o ônus da prova de robusta fiscalização do contrato e das medidas adotadas a fim de evitar danos que lhe foram causados, em virtude do inadimplemento das obrigações dele decorrentes. Aponta violação dos artigos 97 e 102, § 2º, da CF e 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93. Indica contrariedade à Súmula n° 331, V, do TST e à Súmula Vinculante n° 10 do STF. Transcreve arestos para o confronto de teses.

Inicialmente, cumpre registrar que a alegação de ofensa aos dispositivos de lei federal e da Constituição da República indicados não mais se insere como fundamentação própria dos embargos, em decorrência da redação do artigo 894, II, da CLT conferida pela Lei n° 13.015/2014.



**PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

A Egrégia 3ª Turma adotou tese no sentido de que o ônus da prova da ausência de fiscalização pelo ente público tomador dos serviços cabe ao trabalhador.

Por sua vez, o aresto transcrito às fls. 558/559 adota a seguinte tese:

“De plano, quanto à alegação de que cabia à reclamante comprovar a conduta culposa do ente público, não é o que se verifica. Isso porque o ônus da prova recai sobre o tomador dos serviços, o qual, como visto, tem obrigação legal de fiscalizar a execução do contrato (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93). Logo, incumbia à Administração Pública provar a existência de fiscalização efetiva, bem como desconstituir a pretensão da reclamante, nos termos do art. 373, II, do CPC/2015. Assim, afastam-se as violações dos artigos 818 da CLT e 373, do CPC/2015.” (AIRR-1290-66.2013.5.05.0281, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 14/09/2018)

Como visto, enquanto o acórdão embargado concluiu que é do trabalhador o ônus de provar a ausência de fiscalização pelo ente público tomador dos serviços, o aresto paradigma acima transcrito, quanto aos mesmos fatos, registrou tese de que incumbe à Administração Pública tomadora dos serviços provar a existência de fiscalização efetiva do contrato.

**Conheço** do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial.

**MÉRITO**

Discute-se, no caso dos autos, a quem incumbe o ônus da prova quanto à fiscalização efetiva, ou não, do contrato de prestação de serviços firmado com entidades da Administração Pública após regular licitação: se é do empregado o encargo de comprovar a ausência sistemática de fiscalização, ou se cabe àquelas demonstrar a vigilância adequada do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços.

A jurisprudência desta Corte Superior sempre se inclinou a reconhecer que a contratação de prestadora de serviços, por meio de licitação, não era suficiente para elidir a responsabilidade



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

subsidiária do Poder Público, quanto aos débitos trabalhistas da empresa contratada, à luz das normas aplicáveis, inclusive da Lei nº 8.666/93, cuja constitucionalidade e incidência foram reconhecidas em inúmeras decisões.

Instado a se manifestar sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 16/DF, declarou 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.**

Alterada a Súmula nº 331 deste Tribunal, para inclusão do item V, novamente a discussão foi levada à Corte Suprema que, reconhecendo a repercussão geral do tema, proferiu decisão no RE nº 760.931 e firmou a seguinte tese jurídica contida no Tema 246 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”. (destaquei)**

Como salientei em decisões anteriores, a tese fixada, por si só, não evidenciava mudança na posição até então definida, uma vez que a jurisprudência aqui sedimentada já rechaçava, claramente, a responsabilização objetiva do Poder Público ou a transferência automática da responsabilidade pelos débitos trabalhistas da prestadora.

Por esse motivo, no lapso compreendido entre a divulgação da tese (26/04/2017) e a publicação do inteiro teor do acórdão (12/09/2017), mantive a aplicação do verbete consolidado nesta Corte e ressaltava que, quando o quadro fático registrado pelo Tribunal Regional revelava a culpa *in vigilando* da Administração Pública, não se verificava desrespeito à tese de repercussão geral.

Publicado o acórdão, outra solução se impôs, na compreensão externada, a partir de então, em julgados da minha relatoria e dos demais integrantes da 7ª Turma, que compreenderam haver sido



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

possível perquirir, nos fundamentos da decisão, subsídios que permitiam extrair a extensão da tese fixada - a *ratio decidendi* do julgado.

Com efeito, no sistema de precedentes de força vinculante, o trabalho do julgador não se limita a reproduzir a decisão, como se estivesse a exercer atividade meramente burocrática. A tarefa é mais profunda. É preciso extrair, com precisão, a essência do precedente, 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.

Em obra específica sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni esclarece:

**“Ora, o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. É claro que a fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo. Esses últimos não podem ser ignorados quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta somente olhar à sua parte dispositiva.**

(...)

Quando se fala em interpretação de precedente, a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação da sua *ratio* e não no conteúdo por ela expresso. Nessa situação, a tarefa da Corte é analisar a aplicação do precedente ao caso que está sob julgamento, ocasião em que se vale, basicamente, das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*. É por isso que a Corte, mais do que interpretar, raciocina por analogia.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, 3ª ed. rev. atual. ampliada. p. 219-221 - destaquei)

E, ao tratar especificamente da jurisdição brasileira, nos processos de repercussão geral, o mesmo autor acrescenta:

“Tanto as decisões proferidas em recurso especial como aquelas tomadas em recurso extraordinário limitam-se a interpretar questões relativas à lei federal e à Constituição Federal, respectivamente. A natureza de ‘precedente interpretativo’ das decisões tomadas nestes recursos ficou ainda mais evidente com a introdução do instituto da repercussão geral e do mecanismo de recurso repetitivo.



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

A aferição da repercussão geral da controvérsia constitucional discutida no recurso extraordinário e conseguinte eficácia vinculante da decisão a respeito de sua existência ou inexistência evidenciam a adoção do precedente com força obrigatória, assim como a recepção das ideias de *ratio decidendi* – do *common law* – e de eficácia transcendente da fundamentação - do direito alemão.” (op. cit. p. 255-256)

Quanto ao tema em discussão, a tese fixada não é suficiente para externar, de maneira clara, a essência da decisão da Corte Suprema, já que enuncia, de forma genérica, a impossibilidade de condenação automática do Poder Público e, como já dito, não é esse o conteúdo da Súmula nº 331, V, desta Corte, que norteava a jurisdição trabalhista.

A ementa nela contida também não basta para a correta compreensão do precedente, pois, além de enunciar premissas alheias aos debates travados ao longo das sessões de julgamento - nem sequer objeto de discussão nos autos -, apenas repetiu a tese genérica já mencionada. Veja-se:

**“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.**

1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007).

2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, *caput*, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.

3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “*The Nature of The Firm*”, *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício.

4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”.

5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.



**PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.

8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter *erga omnes* e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010.

9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “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”.

A leitura do inteiro teor do acórdão revela que não houve debates a respeito da extensão, possibilidade, vantagens e desvantagens da terceirização, razão pela qual as assertivas postas na ementa, sobre tais assuntos, não têm aplicação, por absoluta dissociação com o julgamento e com a matéria afetada.

Pertinente, no particular, a observação feita, desde o início, pela eminente Ministra Rosa Weber, ao definir que o objeto do debate se restringiria ao Tema nº 246 de Repercussão Geral – Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço –, e ressaltar que não se confundia com o objeto da ADPF nº 324/DF, do ARE nº 713.211 (substituído pelo RE 958.252) e do ARE nº 791.932/DF:

“Os referidos recursos e a ação de descumprimento de preceito fundamental versam, em linhas gerais, sobre a possibilidade, ou não, de terceirização de qualquer atividade da empresa, inclusive daquela denominada atividade-fim, bem como sobre os parâmetros para a identificação do que representa, no âmbito da terceirização, tal atividade, **o que não guarda relação com o objeto do presente feito**, em que se busca definir se ‘a Administração Pública responde subsidiariamente pelos



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço.” (destaquei)

Feito esse primeiro esclarecimento, S. Exa., em erudito voto, demonstrou que, **não obstante ser vedada a transferência automática da responsabilidade trabalhista da empresa contratada ao ente público contratante**, consoante dicção expressa do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, **caberia a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública**, se ficasse comprovada a sua culpa, em relação aos deveres legais de acompanhamento e fiscalização do contrato de prestação de serviços.

A princípio, convergiram os Exmos. Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Igualmente seguiu a mesma compreensão o Exmo. Ministro Luiz Roberto Barroso, que sugeriu abordagem mais minuciosa a respeito do que se consideraria “fiscalização adequada” pelo ente público, a fim de melhor orientar o enquadramento dos fatos e a própria conduta do administrador.

Especificamente sobre os limites da fiscalização, merece destaque a crítica feita pelo Exmo. Ministro Edson Fachin, no sentido de que as portarias editadas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a respeito do tema, são excessivamente detalhadas e, por isso, praticamente inexecutáveis, diante do volume de empresas contratadas pela Administração Pública:

“18. As IN nº 02/2008 e 03/2009 do MPOG, de modo geral, não definem expressamente o alcance que deve ser dado à fiscalização, ou seja, se esta deve se estender à integralidade das obrigações trabalhistas de cada contrato. O texto e a sistemática da IN nº 02/2008 levam a crer, contudo, em virtude da sua abrangência e da amplitude de seus termos, que, de modo geral, a integralidade das obrigações trabalhistas de todos os contratos devem ser fiscalizadas. É importante observar, todavia, que fogem a essa regra, os itens 1.2., 3 e 5 do Anexo IV, com redação conferida pela IN nº 6, de 23.12.2013, que prevêm, respectivamente, a fiscalização das anotações de CTPS, do cumprimento de jornadas de trabalho e de recolhimentos de contribuições previdenciárias e de FGTS por amostragem. Portanto, embora as instruções não definam a questão, pesam em prol de uma fiscalização integral quando não ressalvada expressamente a possibilidade de fiscalização por amostragem.



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

19. É importante ter em conta, ademais, que as referidas instruções MPOG – que determinam uma fiscalização extremamente detalhada e rigorosa dos terceirizados – foram provavelmente produzidas como resposta à sistemática condenação do Poder Público pela Justiça do Trabalho, independentemente da fiscalização exercida ou das medidas tomadas junto às empresas contratadas, quando constatado o inadimplemento. São normas defensivas, muito extensas, eventualmente de difícil compreensão ou execução, que prevêm uma fiscalização abrangente não porque se julga esta a providência mais adequada, mas sim para proteger a Administração, diante das decisões judiciais proferidas em seu desfavor. Levam em conta, ademais, a realidade de pessoal técnico e de recursos da União. Por isso, as instruções normativas do MPOG podem se configurar excessivas e não constituir um bom parâmetro a ser seguido para definir o que é uma fiscalização adequada por parte do Poder Público de qualquer nível da federação, apta a cumprir a afastar a configuração de culpa in vigilando e, ao mesmo tempo, não onerar excessivamente a opção por terceirizar um serviço.”

A divergência foi inaugurada pelo Exmo. Ministro Luiz Fux. Afirmou S. Ex<sup>a</sup> que **a Lei nº 9.032/95, ao prever a possibilidade de responsabilizar o ente público, solidariamente, pelos débitos previdenciários da empresa contratada, e nada mencionar acerca das dívidas trabalhistas, foi mensageira do que se costuma chamar de “silêncio eloquente”** ou, em outras palavras, sustentou que só caberia a responsabilização nos estreitos limites expressos na lei, nada além disso.

Foi seguido, em seu voto, pelos Exmos. Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Gilmar Mendes.

A propósito, permito-me tecer breves considerações, diante de algumas observações feitas nesse julgamento quanto à realidade dos julgados trabalhistas.

Ainda que haja decisões no âmbito desta Justiça Especializada que, de forma equivocada, tenham, em alguns casos, atribuído condenação indevida à Administração Pública, é certo que são passíveis de reforma pelos meios cabíveis, dentro dos preceitos inerentes ao devido processo legal.

Mas, com o devido respeito, distante se encontra esse fato da afirmação de que a Justiça do Trabalho “passou a bater carimbo, a assentar, de forma linear, pouco importando a comprovação, ou não, a culpa da Administração Pública, ante a ausência de vigilância na satisfação de direitos trabalhistas”.



**PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

A posição consolidada na Súmula n° 331, V, do TST orientou apenas de forma persuasiva, como, aliás, é a característica dos verbetes anteriores ao atual sistema de precedentes, e foi fruto de amplos debates nesta Corte, a partir da experiência reiterada em dezenas de milhares de processos trazidos à apreciação de seus membros.

Em regra, nessas ações, os trabalhadores reivindicavam - como reivindicam - direitos básicos descumpridos pela contratante, **sob as vistas do tomador que, por lei, tem o dever de fiscalização.** Em sua grande maioria, postulam as verbas rescisórias previstas na CLT que, inclusive, estabelece prazo exíguo para seu pagamento, a partir da ruptura do contrato, considerando a natureza alimentar das parcelas e a provável situação de desemprego, apesar de haverem cumprido a sua obrigação de prestar os serviços e serem, em regra, dispensados sem nada receber.

Por esses mesmos fundamentos, parece-me de igual modo equivocada, com a devida vênia, a afirmação feita de que **“não tem um caso em que não se reconhece a responsabilidade do Estado,** portanto, a rigor, estão fazendo, de nossa decisão, algo lítero-poético-recreativo – por isso, esse amontoado de reclamações” (destaquei).

Sempre houve, neste ramo da Justiça, como também em todos os outros, grande respeito, além da devida obediência às decisões emanadas da Corte Suprema, a quem incumbe dar a última palavra sobre as matérias constitucionais. Todavia, não se pode imaginar, numa sociedade tão complexa e submetida ao Estado Democrático de Direito, a possibilidade de que um julgado, mesmo com efeito vinculante e *erga omnes*, como aquele oriundo de ação declaratória de constitucionalidade, seja capaz de reger automaticamente quaisquer fatos, sem nenhum espaço para o cotejo sistemático com outras normas e princípios do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, quando o Supremo Tribunal Federal definiu, no julgamento da ADC n° 16, a constitucionalidade do artigo 71, § 1° da Lei n° 8.666/93, não significou a vedação absoluta ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária do Poder Público. Aliás, a ementa do julgado foi expressa ao consignar que a vedação dizia - e diz - respeito **à transferência automática da responsabilidade,** o que não



**PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

alcança e não se confunde com a condenação fundamentada na culpa *in vigilando*.

Ademais, uma simples pesquisa na jurisprudência desta Corte permite constatar a existência de inúmeras decisões que isentaram o ente público de qualquer responsabilidade trabalhista, a partir da tese consagrada na mencionada ação direta de constitucionalidade.

Para encerrar esse aparte, entendo pertinente mais um esclarecimento acerca do dever de fiscalizar atribuído ao Estado, no sentido de que não teria condições de analisar “se houve justa causa ou se não houve justa causa, se a multa é devida ou se a multa não é devida”.

Ora, nunca se exigiu do Poder Público tal minúcia na fiscalização. A definição da modalidade de rescisão contratual, quando há dúvida (o que, aliás, é raro, já que em quase a totalidade das ações trabalhistas é incontroversa a dispensa sem justa causa), sempre coube ao Judiciário.

O acompanhamento que se esperava - e se espera, friso - da Administração Pública, com base na própria Lei de Licitações, é o cumprimento das obrigações trabalhistas rotineiras, como pagamento dos salários, recolhimentos previdenciários e de FGTS, além da quitação das verbas rescisórias descritas no TRCT, o que poderia ser feito mediante a exigência de apresentação, e conferência, dos documentos obrigatórios relacionados a essas parcelas, ainda que por amostragem, mesmo porque todo contrato possui designação de servidores encarregados da fiscalização de sua regular execução, inclusive com atribuição de responsabilidades de variadas naturezas, o que inclui o adimplemento das obrigações acessórias, neste caso resultantes do contrato de trabalho.

Feitos tais esclarecimentos, retomo o exame do precedente.

Na sessão de 15/02/2017, a Exma. Ministra Carmem Lúcia, então Presidente da Corte, proferiu voto alinhado à divergência e destacou:

**“13. A alegada ausência de comprovação, em juízo, pela União, da efetiva fiscalização do contrato administrativo não substitui a necessidade de ‘prova taxativa no nexo de causalidade entre a conduta da**



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

**Administração e o dano sofrido pelo trabalhador**’. Foi o que afirmei no julgamento da Reclamação 15342:

‘para se afirmar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por aqueles encargos, é imprescindível a prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância. **Sem a produção dessa prova subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem os seus quadros.**’

Enfatizei que, ‘no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, **a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública desacompanhada da demonstração efetiva e suficiente da irregularidade de seu comportamento, comissivo ou omissivo, quanto à fiscalização do contrato de prestação de serviços, é “rigorosamente, fragorosamente e exemplarmente contrário à Constituição, porque o artigo 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual”**’ (DJ 9.9.2011).

**14.** Anoto, como o fiz na divergência inaugurada pelo Ministro Luiz Fux, a previsão da Lei n. 9.032/1995 que, alterando o § 2º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, restringiu a solidariedade entre a Administração Pública e o contratado, tão somente aos ‘encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991’”. (destaquei)

Somaram-se, portanto, cinco votos a favor da proposta apresentada pela eminente Relatora e outros cinco no sentido da divergência.

Na última sessão de julgamento, realizada em 30/03/2017, o Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, recém empossado na Corte, ao traçar o histórico do processo, ressaltou o que chamou de “desencontro hermenêutico” surgido com a ADC nº 16, sob a perspectiva da “extensão do dever de fiscalização contratual imputável ao Estado (tomador de serviços)” e sobre “como a desídia no cumprimento desse dever poderia ser apurada em juízo”. Abordou, em postura crítica, as “plataformas da culpa presumida e da culpa *in vigilando*” e resumiu:

“Os densos votos até aqui proferidos, embora com algumas variações de fundamentação, buscaram solucionar o dissídio pelo acréscimo de duas



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

coordenadas de decisão, ambas excludentes entre si. A primeira, balizada pelo exauriente voto da Ministra ROSA WEBER, com os complementos do Ministro ROBERTO BARROSO, postula que o ônus de comprovar a fiscalização dos contratos recaia sobre a Administração Pública, podendo o seu cumprimento adequado ser demonstrado inclusive por aplicação de metodologias de amostragem. Linha interpretativa antagônica, defendida por igual número de Ministros, rejeita a possibilidade de que a Administração Pública venha a responder por verbas trabalhistas de terceiros a partir de qualquer tipo de presunção, somente admitindo que isso ocorra caso a condenação esteja inequivocamente lastreada em elementos concretos de prova da falha na fiscalização do contrato.”

E, considerando esse panorama, afirmou:

“O meu convencimento se associa à última corrente”.

**Ou seja, ao desempatar o julgamento, disse, claramente, que a razão estaria com a corrente que propôs restringir a responsabilidade da Administração Pública aos casos em que houvesse prova inequívoca e concreta do descumprimento do dever de fiscalizar.**

Na sequência do raciocínio, complementou:

“No tocante às verbas trabalhistas devidas por terceiros, o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 é mais do que claro ao exonerar o Poder Público da responsabilidade por pagamentos em caso de inadimplência, e o silêncio da Lei 9.032/95 sobre isso apenas confirmou a mensagem legal que já existia anteriormente.

(...)

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.

(...)

Não me parece que seja automaticamente dedutível, da conclusão deste julgamento, um dever estatal de fiscalização do pagamento de toda e qualquer parcela, rubrica por rubrica, verba por verba, devida aos trabalhadores. **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**



PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

**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, consequentemente a manutenção do desrespeito à decisão desta Corte na ADC 16.” (destaquei)

Voltando-se, então, para o caso concreto analisado naquela oportunidade, concluiu:

“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 trabalhadora.

Voto, portanto, pedindo vênias a eminente Relatora, com a divergência inaugurada pelo Min. LUIZ FUX, conheço parcialmente do recurso extraordinário da União e voto pelo seu provimento.”

Encerrado o julgamento, pelos fundamentos acima expostos, passou-se à discussão da tese de repercussão geral que seria fixada.

Após alguns debates, **houve opção expressa por tese minimalista e por não se vedar totalmente a possibilidade de responsabilização do Poder Público - matéria, aliás, objeto de julgamento na ADC n° 16, já referida -, mas apenas restringi-la aos casos em que se constatasse, como já demonstrado anteriormente, prova concreta e inequívoca da ausência sistemática de fiscalização.** Para tanto, recorreu-se, novamente, ao conceito indeterminado de transferência “automática” da reponsabilidade, a reforçar a necessidade de se extrair dos fundamentos da decisão, sua real extensão.

Finalmente, o Exmo. Ministro Luiz Roberto Barroso propôs fixar, apenas como *obiter dictum*, que a fiscalização por amostragem já atenderia à exigência legal:

“Portanto, eu diria, pelo menos em *obiter dictum*, que a fiscalização adequada por amostragem satisfaz o dever de fiscalização e eu diria que a inércia diante de inequívoca denúncia de violação de deveres trabalhistas



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

gera responsabilidade. Diria isso como *obiter dictum*, para que nós sinalizemos para a Justiça do Trabalho o que nós achamos que é comportamento inadequado.”

**Não houve votação** quanto a essa proposta específica.

Por todo o exposto, compreendi, acompanhado pelos membros da Egrégia 7ª Turma, que a *ratio decidendi* da decisão proferida pelo STF no julgamento do RE nº 760.931 seria: **a condenação subsidiária do Poder 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, ônus que incumbe ao empregado.**

Com efeito, pareceu-me, do exame detalhado da decisão, haver sido firmada a tese de que pertencia ao empregado a incumbência de demonstrar a falta de fiscalização pelo ente público. Em reforço a essa conclusão, passei a citar o Informativo nº 862 do Supremo Tribunal Federal, de abril de 2017, **a partir de decisão do Plenário da Corte:**

“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 8.666/1993. Com esse entendimento, **o Plenário**, em conclusão de julgamento e por maioria, conheceu em parte e, na parte conhecida, deu provimento a recurso extraordinário em que discutida a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. **Na origem, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) manteve a responsabilidade subsidiária de entidade da Administração Pública tomadora de serviços terceirizados pelo pagamento de verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa contratante. Isso ocorreu em razão da existência de culpa “in vigilando” do órgão público, caracterizada pela falta de acompanhamento e fiscalização da execução de contrato de prestação de serviços, em conformidade com a nova redação dos itens IV e V do Enunciado 331 da Súmula do TST.** A recorrente alegava, em suma, que o acórdão recorrido, ao condenar subsidiariamente o ente público, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF), teria desobedecido ao conteúdo da decisão proferida no julgamento da ADC 16/DF (DJE de 9.9.2011) e, conseqüentemente, ao disposto no art. 102, § 2º, da CF. Afirmava que o acórdão recorrido teria declarado a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, embora a norma tenha sido declarada constitucional no



PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

juízo de julgamento da ADC 16/DF. Sustentava violação dos arts. 5º, II, e 37, “caput”, da CF, por ter o TST inserido no item IV do Enunciado 331 da sua Súmula obrigação frontalmente contrária ao previsto no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações. Defendia, por fim, que a culpa “in vigilando” deveria ser provada pela parte interessada, e não ser presumida — v. Informativos 852, 853, 854 e 859. **Prevaleceu o voto do ministro Luiz Fux, que foi acompanhado pelos ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia (Presidente) e Alexandre de Moraes.** A Corte entendeu que uma interpretação conforme do art. 71 da Lei 8.666/1993, com o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, infirma a decisão tomada no julgamento da ADC 16/DF (DJE de 9.9.2011), nulificando, por conseguinte, a coisa julgada formada sobre a declaração de constitucionalidade do dispositivo legal. Observou que, com o advento da Lei 9.032/1995, o legislador buscou excluir a responsabilidade subsidiária da Administração, exatamente para evitar o descumprimento do disposto no art. 71 da Lei 8.666/1993, declarado constitucional pela Corte. **Anotou que a imputação da culpa “in vigilando” ou “in elegendo” à Administração Pública, por suposta deficiência na fiscalização da fiel observância das normas trabalhistas pela empresa contratada, somente pode acontecer nos casos em que se tenha a efetiva comprovação da ausência de fiscalização. Nesse ponto, asseverou que a alegada ausência de comprovação em juízo da efetiva fiscalização do contrato não substitui a necessidade de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido.** Ao final, pontuou que a Lei 9.032/1995 (art. 4º), que alterou o disposto no § 2º do art. 71 da Lei 8.666/1993, restringiu a solidariedade entre contratante e contratado apenas quanto aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/1991. **Vencida a ministra Rosa Weber (relatora), acompanhada pelos ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso. Concluíam:** a) pela impossibilidade de transferência automática para a Administração Pública da responsabilidade subsidiária pelo descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada; b) pela viabilidade de responsabilização do ente público, em caso de culpa comprovada em fiscalizar o cumprimento dessas obrigações; e c) **pela competência da Administração Pública em comprovar ter fiscalizado adequadamente o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado.** RE 760931/DF, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 26.4.2017.” (RE-760931)

Outras Turmas desta Corte seguiram a mesma direção:

“[...] I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE CULPA *IN VIGILANDO*. Ante a possível



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

demonstração de contrariedade à Súmula 331, V, do TST, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar a conversão prevista nos §§ 5º e 7º do artigo 897 da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE CULPA *IN VIGILANDO*. Ao julgar a ADC 16, o STF decidiu que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 é constitucional, mas que isso não impede a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, desde que constatado que o ente público agiu com culpa *in vigilando*. Registre-se, ainda, a decisão do STF no RE nº 760.931, com repercussão geral, que atribuiu o ônus da prova da ausência de fiscalização ao trabalhador. No caso, **o Regional atribuiu o ônus da prova da fiscalização à entidade pública, circunstância que contraria o entendimento do Supremo Tribunal Federal**. Dessa forma, em face da atribuição do ônus da prova ao ente público e, diante da ausência de elementos que evidenciam a sua culpa, deve ser afastada a responsabilidade subsidiária a ele atribuída. Recurso de revista conhecido por contrariedade à Súmula 331, V, do TST e provido” (RR-143-45.2014.5.05.0030, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 25/10/2019);

“RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA CONDUTA CULPOSA. 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 tem entendido que a conclusão da sua demonstração não pode decorrer de mera presunção, baseada no simples inadimplemento da empresa prestadora de serviços, e desvinculada do exame probatório. Para esses casos, aquela excelsa Corte tem decidido que a responsabilização subsidiária do ente público ofende a autoridade da decisão proferida no julgamento da ADC nº 16. **Com supedâneo na decisão do STF, esta Corte Superior vem entendendo que cabe ao empregado terceirizado o encargo de demonstrar a conduta culposa da Administração Pública na fiscalização do contrato de prestação de serviços, por ser fato constitutivo do seu pretendido direito, sendo inadmissível, na espécie, a inversão do ônus probatório**. Precedentes. Na hipótese, depreende-se da leitura do acórdão recorrido que o egrégio Tribunal Regional, em descompasso com a decisão do STF, reconheceu a responsabilidade subsidiária do ente tomador de serviços, sem que fossem observados os critérios exigidos para a demonstração da conduta culposa da Administração Pública. Ao assim



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

decidir, acabou por responsabilizar o ente público de forma automática, procedimento que destoava do entendimento sufragado no julgamento da ADC nº 16, bem como na Súmula nº 331, V. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento” (RR-10569-69.2016.5.03.0138, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 29/11/2019);

“RECURSO DE REVISTA. NÃO REGIDO PELA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREMISSAS QUE EVIDENCIEM A CONDUTA CULPOSA DA ENTIDADE PÚBLICA. SÚMULA 331 DO TST . 1. A Suprema Corte, ao julgar a ADC 16/DF e proclamar a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, não afastou a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, por dívidas trabalhistas mantidas por empresas de terceirização por eles contratadas, desde que configurada conduta culposa, por omissão ou negligência, no acompanhamento da execução dos contratos de terceirização celebrados, nos moldes da Súmula 331, V, do TST. Mais recentemente, no julgamento do RE 760931, em 30/3/2017, o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, consolidou a tese jurídica no sentido 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 artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. 2. A partir da análise dos fundamentos lançados no debate travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal para se concluir acerca da responsabilização do Ente da Administração Pública, em caráter excepcional, deve estar robustamente comprovada sua conduta culposa, não se cogitando de responsabilidade objetiva ou de transferência automática da responsabilidade pela quitação dos haveres em razão do simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. Ademais, **tem-se que compete ao Autor da ação o ônus probatório quanto à conduta culposa do tomador de serviços**. 3. A imputação da culpa *in vigilando* pela ausência de pagamento de verbas devidas ao empregado ou pela falta de apresentação de provas da fiscalização por parte do tomador de serviços não autoriza a condenação subsidiária. Nesse cenário, reconhecida a responsabilidade subsidiária da entidade pública sem a premissa fática indispensável para caracterizar a sua conduta culposa, resta demonstrada a contrariedade à Súmula 331 do TST. Recurso de revista conhecido e provido” (RR-2133-08.2012.5.11.0052, 5ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 29/11/2019);

"ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1 - Aconselhável o provimento do agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista quanto à alegada violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. 2 - Agravo de instrumento a que se dá provimento. II - RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. -



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

PETROBRAS. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1 - Conforme o Pleno do STF (ADC nº 16/DF e Agravo Regimental em Reclamação nº 16.094) e o Pleno do TST (item V da Súmula nº 331), relativamente às obrigações trabalhistas, é vedada a transferência automática para o ente público, tomador de serviços, da responsabilidade da empresa prestadora de serviços; a responsabilidade subsidiária não decorre do mero inadimplemento da empregadora, mas da culpa do ente público no descumprimento das obrigações previstas na Lei nº 8.666/93. 2 - No voto do Ministro Relator da ADC nº 16/DF, Cezar Peluso, constou a ressalva de que a vedação de transferência consequente e automática de encargos trabalhistas, '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'. Contudo, **a Sexta Turma do TST, por disciplina judiciária, a partir da Sessão de Julgamento de 25/3/2015, passou a seguir a diretriz fixada em reclamações constitucionais nas quais o STF afastou a atribuição do ônus da prova ao ente público nessa matéria**. 3 - O Pleno do STF, em repercussão geral, com efeito vinculante, no RE nº 760.931, Redator Designado Ministro Luiz Fux, fixou 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' Nos debates no julgamento do RE nº 760.931, o Pleno do STF deixou claro que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, ao estabelecer que 'a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, (...) não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento', veda a transferência automática, objetiva, sistemática, e não a transferência fundada na culpa do ente público. Embora não tenham constado na tese vinculante, no julgamento do RE nº 760.931 foram decididas as seguintes questões: a) **ficou vencido o voto da Ministra Relatora Rosa Weber de que o ônus da prova seria do ente público**; b) a maioria julgadora entendeu que o reconhecimento da culpa do ente público exige elemento concreto de prova, não se admitindo a presunção (como são os casos da distribuição do ônus da prova e do mero inadimplemento). 4 - Recurso de revista a que se dá provimento. Fica prejudicado o exame dos temas remanescentes." (RR-6010-35.2014.5.01.0481, 6ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, DEJT 25/10/2019).

Apesar de, pessoalmente, possuir grandes reservas à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, **ao atribuir o ônus da prova ao empregado**, sobretudo pelo fato de permitir caracterizar o que a doutrina denomina de "prova diabólica", diante da dificuldade de sua



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

obtenção, alinhei-me ao entendimento aderente a essa tese, refletida em inúmeros julgados de minha relatoria no âmbito da 7ª Turma, **justamente por compreender que a Corte Constitucional havia emitido esse direcionamento à questão.**

Contudo, **após nova reflexão sobre o caso, provocado pelo julgamento dos embargos de declaração opostos em face da decisão acima referida, entendo cabível a mudança do posicionamento até então adotado.**

Com efeito, a fim de esclarecer eventuais pontos obscuros, **especialmente quanto ao ônus da prova**, o voto proferido pelo redator designado, Ministro Luiz Fux, rememorou trechos do julgamento anterior para reforçar a sua compreensão de ser atribuído ao empregado.

Inicialmente, renovou os fundamentos que, na sua compreensão, prevaleceram na decisão proferida, a partir dos votos condutores: a) **não ser possível a responsabilização automática da Administração Pública**, isto é, decorrente do **mero inadimplemento** das obrigações resultantes do contrato de trabalho; b) ser necessária **a prova inequívoca da conduta culposa** e causadora de danos aos empregados da empresa contratada, ou seja, condenação baseada em **elementos concretos** de prova da falha na fiscalização do contrato; c) não ser cabível a **inversão do ônus da prova** ou a presunção de culpa:

“Passo a analisar, em primeiro lugar, as situações em que o acórdão recorrido reconheceu a subsidiariedade da responsabilidade administrativa por débitos trabalhistas de contratados. A análise dos votos proferidos neste Plenário por ocasião do julgamento do mérito do Recurso Extraordinário revela que os seguintes parâmetros foram adotados pela maioria: (i) o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado não atrai a responsabilidade do poder público contratante; (ii) para que se configure a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, é necessária a comprovação inequívoca de sua conduta culposa e causadora de dano aos empregados do contratado; e (iii) é indevida a inversão do ônus da prova ou a presunção de culpa.

[...]

Linha interpretativa antagônica, defendida por igual número de Ministros, rejeita a possibilidade de que a Administração Pública venha a responder por verbas trabalhistas de terceiros a partir de qualquer tipo de presunção, somente admitindo que isso ocorra caso a condenação esteja



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

inequivocamente lastreada em elementos concretos de prova da falha na fiscalização do contrato.

O meu convencimento se associa a última corrente.

[...]

***O que pode induzir a 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”.***

(Voto do Min. Alexandre de Moraes, fls. 320 a 323 do acórdão)

[...]

***para se afirmar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por aqueles encargos, é imprescindível a prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador,*** a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância. Sem a produção dessa prova subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem os seus quadros.”

(Voto da Min. Cármen Lúcia, fls. 314 do acórdão)

[...]

***“perfilho esse entendimento ressaltando que a adoção, seja do modelo de responsabilidade objetiva, que era a primeira posição do enunciado do TST, seja o modelo de culpa presumida com a prática que o TST adotou, violam claramente, sem nenhum rebuço, a decisão do Supremo na ADC 16”.***

(Voto do Min. Gilmar Mendes, fls. 229 do acórdão)

***Não tenho como, Presidente, hígido o artigo 71 da Lei nº 8.666/1993, no que afasta a responsabilidade da Administração Pública, partir para o que tenho como extravagante e assentar, apesar da presunção decorrente desse artigo, de não haver responsabilidade, incumbir à contratante a prova.”***

(Voto do Min. Marco Aurélio, fls. 234 do acórdão)

“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.”

(Voto do Min. Dias Toffoli, fls. 252 do acórdão)

“A atribuição do ônus de provar a inexistência de culpa pelo inadimplemento à Administração Pública subverteria, ainda, a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Afinal, estar-se-ia inaugurando um regime de atuação ilegal a priori por parte dos agentes públicos que realizaram a contratação e acompanharam a execução da avença pelo particular. É inconcebível admitir que os sujeitos integrantes da



PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

Administração atuam, em regra, com desídia em suas funções, bem como que provocam rotineiramente o não pagamento dos empregados das sociedades contratadas”.

Analizou detidamente a questão jurídica e **sedimentou a conclusão no sentido de não ser possível a inversão do ônus da prova ou presunção de culpa da administração.**

Contudo, S. Ex<sup>a</sup>, o Ministro Fux, **ficou vencido. Prevaleceu, no âmbito Colegiado, a compreensão de que a decisão não comportaria os esclarecimentos propostos, sob pena de se ampliar o que de fato havia sido decidido.**

Constou na ementa da decisão:

“2. Não se caracteriza obscuridade, pois, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de *culpa in eligendo ou culpa in vigilando*, **o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade**” – destaques da transcrição.

Destaco trechos dos votos prevalecentes, desta feita no julgamento dos embargos de declaração:

**Ministra Cármen Lúcia:**

“Porém, quando uma empresa é contratada, o empregado vem e trabalha, e a Administração Pública, pela mesma Lei n. 8.666, tem o dever, a obrigação, a imposição de seguir esse contrato e ver se está sendo devidamente pago, até porque ela repassa esse dado. Vamos dar o exemplo do Supremo Tribunal Federal: nós temos gestores de contratos aqui - no TSE, pelo menos, eram mais de 200 gestores de contratos -, com número também significativo; então, houve omissão da Administração que não cumpriu o seu dever, e com isso, a empresa não pagou, e o ônus fica em cima do trabalhador, e ele não tem...

O que parece aqui ter ficado acertado é que concluímos, por maioria, que é constitucional; **concluímos, por maioria, que não pode haver o repasse automático dessa responsabilidade.** Entretanto, dissemos: **quando a Administração Pública não cumprir também o seu dever - porque a Administração não pode ser omissa, não pode ser recalcitrante, não pode ser leve e deixar que o trabalhador é que fique com o ônus -**, comprova-se a situação que Vossa Excelência chama de



**PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

excepcional em que, comprovada essa ausência de atuação obrigatória da Administração Pública, permitir-se-ia, então, que ela respondesse.

Acho que foi isso que ficou deliberado”.

**Ministro Edson Fachin:**

“E não há obscuridade quanto à responsabilização do Estado pelas verbas trabalhistas inadimplidas pelos contratados, desde que, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, houver comprovação de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando* por parte do Poder Público, o que se impõe diante de sua inarredável obrigação de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade.

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 com o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços.**

Ante o exposto, rejeito os presentes embargos declaratórios”.

**Ministra Rosa Weber**

“Peço vênica e acompanho a divergência, rejeitando os três embargos de declaração”.

**Ministro Ricardo Lewandowski**

“Senhor Presidente, eu vou pedir vênica ao Relator e acompanhar a divergência.

Nós não podemos inserir, em julgamento de embargos de declaração, uma série de componentes novos, que não foram discutidos, sob pena de ficarmos sujeitos a novos embargos de declaração para discutir ponto por ponto daquilo que agora inseriríamos na nossa decisão.”

**Ministro Marco Aurélio**

“Acompanho o ministro Luiz Edson Fachin, desprovendo os três declaratórios”.

Após o referido julgamento, o posicionamento jurisprudencial de que não teria havido manifestação acerca do ônus da prova, quer no sentido de pertencer ao empregado, quer no de ser incumbência do Poder Público, passou a ser adotada também na resolução de Reclamações Constitucionais submetidas à apreciação daquela Corte:

**“RECLAMAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DA ATIVIDADE-FIM. DÉBITOS TRABALHISTAS.**



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/1993. AFRONTA À AUTORIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS NA ADC Nº 16 E NO RE 760.931-RG. ANÁLISE DE CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PELA CORTE RECLAMADA. AUSÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10. ART. 25, § 1º, DA LEI 8.987/95. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROCEDÊNCIA. (...) 2. A questão jurídica objeto da presente reclamação constitucional consiste tanto na desobediência da Súmula Vinculante nº 10 quanto na violação da autoridade da decisão deste Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento da ADC nº 16 e do RE nº 760.931-RG. (...) 16. Obsta a tese da repercussão geral (Tema nº 246) que se impute a responsabilidade à Administração Pública tão somente como corolário do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada, entendimento por mim já adotado inúmeras vezes, à luz das balizas anteriormente firmadas por esta Casa ao exame da ADC 16. 17. Assim, entendo que o reconhecimento judicial da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nas hipóteses em que, examinado o caso concreto, restar evidenciada conduta omissiva culposa, opera-se não somente em perfeita harmonia à tese da repercussão geral fixada no bojo do RE 760.931, como também ao quanto decidido na ADC 16, e, nesse sentido, em estrita conformidade com o ordenamento jurídico (Lei nº 8.666/93). 18. Respeitadas tais premissas, entendo que a decisão reclamada - ao concluir que a responsabilidade subsidiária é medida que se impõe como via alternativa para se evitar que o ilícito trabalhista favoreça aquele que indevidamente se beneficiou do labor do empregado -, reconheceu a incidência da responsabilidade subsidiária da tomadora pelos direitos trabalhistas, sem que a questão da culpa tenha sido analisada no caso concreto. **19. Limitado, outrossim, o julgamento da ADC 16 a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador, a inviabilizar o manejo da reclamação com espeque em alegada afronta à ADC 16 sob tais enfoques,** conforme já decidido em várias reclamações: Rcl 14832/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.11.2012, Rcl 15194/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 18.3.2013, Rcl 15385/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.3.2013. **20. No ponto, cumpre igualmente assentar que, ao julgamento do RE 760.931, esta Suprema Corte, muito embora tenha debatido aspectos acerca das regras de distribuição do ônus da prova na espécie, culminou por não fixar balizas, respeitada, a meu juízo, a soberania das instâncias ordinárias no exame do acervo fático-probatório, cujo revolvimento é de todo vedado na instância extraordinária, assim como no bojo da reclamação constitucional.** 21. Por outro lado, consabido que a via estreita da reclamação não pode ser utilizada para reexame do ato reclamado,



PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

porquanto não se presta à substituição de espécie recursal, não compete ao STF, na presente ação, aferir o acerto, ou não, da interpretação conferida pelo órgão fracionário do Tribunal reclamado aos aspectos fáticos constantes dos autos. 22. Nesse contexto, torno a enfatizar que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços ocorreu de forma automática, sem que houvesse juízo de valoração dos elementos da responsabilidade subsidiária (da conduta do reclamante no seu dever de fiscalização do cumprimento de obrigação que lhe é imposta pela Lei 8.666/93). 23. Diante do exposto, com espeque no art. 21, § 1º, do RISTF, julgo procedente a presente reclamação para cassar o ato reclamado e determinar que outra decisão seja proferida, em obediência ao que preceituado na ADC nº 16 e no RE 760.931, assim como em atenção à Súmula Vinculante 10/STF. Publique-se. Brasília, 11 de outubro de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora (Rcl 34248, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 11/10/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 14/10/2019 PUBLIC 15/10/2019)

Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que **a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permite, assim, que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa in vigilando.**

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

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

“Processual. Tempestividade de recurso. Fundamento da decisão agravada inatacado. **Ônus da prova. Controvérsia infraconstitucional.** Ofensa indireta à CF. Reexame de fatos e provas (Súmula 279). Regimental não provido” (AI 439571 ED-AgR, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

Turma, julgado em 03/02/2004, DJ 26-03-2004 PP-00021 EMENT VOL-02145-07 PP-01320);

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

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

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



PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 16-12-2014 PUBLIC 17-12-2014);

“EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Certidão da dívida ativa. Inclusão dos sócios/administradores. Circunstâncias do art. 135 do CTN. **Ônus da prova. Questão infraconstitucional.** Necessidade de revolvimento de fatos e provas. Súmula 279/STF. 1.O Superior Tribunal de Justiça decidiu a controvérsia exclusivamente com base no art. 135, CTN. Assim, a afronta aos dispositivos constitucionais suscitados no recurso extraordinário seria, se ocorresse, indireta ou reflexa, o que é insuficiente para amparar o apelo extremo. 2. Para dissentir do que decidido na origem, necessário seria o revolvimento do conjunto fático probatório, providência vedada, a teor da Súmula nº 279 do STF. 3.Agravo regimental não provido”. (ARE 877839 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 10-11-2015 PUBLIC 11-11-2015);

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

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

“Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Direito Processual Civil. Reparação de danos. Erro médico.



PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

Ilegitimidade passiva. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. **Inversão do ônus da prova.** Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento na origem. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. **Não se presta o recurso extraordinário para a análise da legislação infraconstitucional,** tampouco para o reexame dos fatos e das provas constantes dos autos (Súmula n° 279/STF). 2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita”. (ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-264 DIVULG 03-12-2019 PUBLIC 04-12-2019).

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

Além dessas, outras regras impõem obrigações ao Poder Público contratante, consoante disposto nos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 66; 67, § 1º; 77 e 78 da mesma Lei, o que atrai, assim, a aplicação também dos artigos 186 e 927 do Código Civil e exige que a questão jurídica posta à apreciação desta Justiça seja analisada a partir de todo esse conjunto normativo, e não apenas do invocado artigo 71, § 1.º, isoladamente.

Portanto, a interpretação sistemática do quadro normativo regente da celebração de contratos pela Administração Pública **revela ser dela a obrigação ordinária em fiscalizar a sua regular execução,** inclusive no que diz respeito ao cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação, entre as quais se inclui, por lógica e óbvia dedução, as decorrentes da legislação laboral, motivo pelo qual caberá ao Poder Judiciário verificar, em cada caso concreto e diante da postulação posta ao seu exame, a real situação fática e as consequentes responsabilidades.



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

Trata-se de imperativo da legislação vigente em matéria de licitações e contratos administrativos e incita os agentes públicos a observarem o princípio da legalidade estrita e o dever de fiscalização e cuidado com o patrimônio e com a coisa públicos, sob pena de responsabilização, com impacto orçamentário, além de fortalecer o combate a práticas nefastas de ilicitude, corrupção e evasão indevida de recursos públicos. São, pois, **deveres positivos** impostos pela mesma Lei nº 8.666/93 e se traduzem na prática de atos administrativos vinculados, decorrentes dos princípios da legalidade, da eficiência e da publicidade, como afirmado pelo Ministro Vieira de Mello Filho, por ocasião do julgamento do presente feito.

Tal obrigação está externada em algumas manifestações dos eminentes Ministros do STF na oportunidade em que foram apreciados os embargos de declaração.

A Ministra Cármen Lúcia, ao rejeitar a tese do que denominou de “repassa automático” da responsabilidade pretendida, ressaltou: “quando a Administração Pública não cumprir também o seu dever - porque a Administração não pode ser omissa, não pode ser recalcitrante, não pode ser leve e deixar que o trabalhador é que fique com o ônus ...”.

O Ministro Édson Fachin, redator do acórdão dos embargos declaratórios, foi enfático; referiu-se ao que denominou de “inarredável obrigação de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade...” e destacou que o Poder Público não pode dele se eximir, “quando não cumpriu com o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços”.

A importância dessas duas manifestações reside no fato de expressarem a compreensão de que o princípio e o dever de legalidade estrita, regentes do agir da Administração Pública, abrangem a fiscalização do próprio contrato, seja quanto à **obrigação principal**, a execução do serviço propriamente dito, seja quanto às **obrigações secundárias**, resultantes dos contratos firmados com aqueles que a concretizaram. Por conseguinte, **é dever jurídico exclusivo do órgão público tomador do serviço.**

Veja-se, a propósito, a doutrina de Sidney Bittencourt que chancela a tese em torno dessa obrigação (*Licitação passo a passo*:



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

*comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93 totalmente atualizada.*  
10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 659).

“O art. 67 do Estatuto determina que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo com informações pertinentes a essa atribuição.

A tarefa constitui um dever-poder inerente ao exercício da função administrativa, configurando trabalho com efeito preventivo de capital importância, uma vez que, ao detectar antecipadamente práticas irregulares, evita possíveis prejuízos para a Administração.

Registre-se que a permissão de terceirização diz respeito tão somente ao assessoramento ao fiscal, não sendo permitida a contratação de terceiro para assunção da função de fiscalização.

Sobre a matéria, o TCU tem orientado que a Administração deve avaliar o quanti-tativo de contratos fiscalizados por cada servidor, com vistas a garantir efetiva fiscalização contratual e a mitigar riscos dessa atividade.

Nessa tarefa, convém que o fiscal se preocupe com o adimplemento das obrigações trabalhistas do contratado, em relação aos empregados envolvidos na execução do objeto.

Em sentido idêntico, Marçal Justen Filho (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*. 18ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1230-1232):

“Outra faculdade da Administração é a fiscalização da execução da prestação. No direito comum, cada parte tem o direito de verificar se a prestação foi executada adequadamente pela outra. Esse direito se exerce, de regra, no momento em que a prestação é entregue ao credor. Nada impede, porém, que as partes pactuem o direito do credor acompanhar permanentemente o devedor. Desse modo, verificará se a realização da prestação faz-se nos termos devidos.

[...]

A Administração tem o poder-dever de acompanhar atentamente a atuação do particular. O dever de promover os direitos fundamentais não se coaduna com um a atuação passiva da Administração. Se o particular não executar corretamente a prestação contratada, a Administração deverá atentar para isso de imediato. A atividade permanente de fiscalização permite à Administração detectar, de antemão, práticas irregulares ou defeituosas. Poderá verificar, antecipadamente, que o cronograma previsto não será cumprido. Enfim, a Administração poderá adotar com presteza as providências necessárias para resguardar os interesses fundamentais.



**PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

[...]

A Administração, contrariamente ao que se verifica nos contratos privados, tem o poder de impor e executar sanções pelo inadimplemento contratual. Essa prerrogativa deriva da autoexecutoriedade dos atos administrativos. A autoexecutoriedade indica a possibilidade de a Administração Pública, sem a interferência do Poder Judiciário, obter a satisfação de uma pretensão própria ou solucionar um litígio de que participa, produzindo os atos materiais necessários a tanto. A autoexecutoriedade retrata um modo de autotutela administrativa que obedece estritamente ao princípio da legalidade e, em virtude de sua lesividade potencial, obedece ao princípio da proporcionalidade. Assim, não há autoexecutoriedade sem lei que a preveja e, mais ainda, não há autoexecutoriedade quando existir alternativa”.

Reconhecida, como visto, a possibilidade de responsabilização da Administração Pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro fornece elementos que evidenciam como deve ser analisada a prova da efetiva fiscalização e o faz já sob a égide da nova legislação, no caso, as Leis n°s 13.429/2017 e 13.467/17 (*Direito Administrativo*. 32<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 393):

“O fato é que, diante da decisão do STF, incorporada no item V da Súmula n° 331, do TST, a Administração Pública deve tomar algumas cautelas:

- a) colocar nos instrumentos convocatórios e nos contratos cláusula em que fique clara a aplicação da norma do artigo 71 da Lei n° 8.666/93;
- b) inserir nos instrumentos convocatórios de licitação e nos contratos cláusula prevendo a aplicação de penalidade pelo descumprimento da norma do artigo 71 da Lei n° 8.666/93, sem prejuízo da rescisão do contrato com fundamento no artigo 78, I e II, da mesma lei;
- c) na atividade de fiscalização do cumprimento do contrato, verificar se a contratada está cumprindo as obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; em caso de inadimplemento, aplicar as penalidades cabíveis;
- d) exigir a atualização, a cada 180 dias, da Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT) referida na Lei n° 12.440, de 7-7-11.

Sem a adoção dessas cautelas, a Administração Pública, acionada perante a Justiça do Trabalho, poderá ser responsabilizada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas. Se tomadas essas cautelas, ainda assim o TST decretar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública com fundamento na Súmula n° 331, cabe reclamação administrativa ao STF.

Mais adiante, arremata de forma esclarecedora:



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

“Em resumo, pela decisão do STF declarando a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e pelos termos do item V da Súmula nº 331, do TST, a regra é a de que a Administração Pública não responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas, em caso de inadimplemento pelo contratado, a menos que tenha havido omissão ou falha na fiscalização da execução do contrato” (obra e página citadas).

Análise do mencionado julgamento dos embargos declaratórios feita por Cesar Zucatti Pritsch, Fernanda Antunes Marques Junqueira e Ney Maranhão corrobora o quanto afirmado, da qual transcrevo elucidativa passagem:

“Não havendo *ratio decidendi* vinculante quanto à distribuição do ônus probatório em tal questão, incumbirá aos juízes a tarefa de definir a quem se impõe o ônus de demonstrar os fatos conducentes a uma convicção sobre o elemento subjetivo da *culpa*, o que será feito, entre outros aspectos, pela distribuição do ônus da prova, nada impedindo inclusive a sua inversão, considerado o vetor técnico da aptidão para a prova.

Enfim, eventual responsabilidade do ente público demandará que se fixe conclusão acerca de fatos específicos que demonstrem atuação ou omissão culposa, já que o ponto central do julgado é justamente evitar a atribuição de culpa genérica e linear. E, para tanto, afigurar-se-á legítima a possibilidade de adoção da mesma diretriz protetivo-flexibilizatória prevista inicialmente no direito consumerista (art. 6º, VIII), consagrada no atual CPC (art. 373, § 1º) e agora expressamente contida na CLT, art. 818, §§ 1º e 2º. Tais parágrafos, aliás, propiciam seguro roteiro para que a demonstração especificada da responsabilidade seja trazida para o centro do debate, ou seja, mediante clara delimitação da matéria fática controvertida, imputação fundamentada do ônus probatório e viabilização do adequado contraditório”. (STF deixa em aberto ônus da prova para responsabilização do tomador público. *Conjur*, 14/10/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-14/opinioao-stf-responsabilizacao-tomador-publico>. Acesso em 12 dez. 2019).

No campo processual, constitui **fato impeditivo** alegado como obstáculo à pretensão contida na petição inicial, o que atrai a incidência da regra prevista nos artigos 373, II, do CPC e 818, II, da CLT.

É, portanto, **dever ordinário imposto à Administração Pública**, a partir da própria Lei por ela invocada. Contudo, ainda que se tratasse de **fato constitutivo**, como se poderia depreender do voto



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

proferido pelo Ministro Luiz Fux, a **distribuição dinâmica do ônus da prova** a vincula a quem possui mais e melhores condições de fazê-lo, tal como expressamente previsto no artigo 818, § 1º, da CLT (“excessiva dificuldade de cumprir o encargo”), o que certamente não é o trabalhador, que sequer consegue ter acesso à documentação relativa à regularização das obrigações regulares decorrentes do contrato.

Em apoio a essa afirmação, não se pode transferir para o empregado essa obrigação, nem mesmo sob o fundamento de que poderia ter acesso à documentação por meio de requerimento dirigido ao ente público contratante, com fundamento na Lei de Acesso à Informação - Lei nº 12.527/2011.

Nesse caso, é ignorar a realidade admitir que, a cada mês, o empregado da empresa contratada tivesse que formular o mencionado pedido à entidade contratante para que lhe fornecesse cópia dos citados documentos, ao qual se acresceria o dever de guarda que lhe seria transferido, obrigação ordinária inerente à gestão do contrato celebrado com a Administração Pública, que, aliás, não constitui ônus excessivo, mesmo porque dele faz parte a obrigação de designação de servidor para atuar como fiscal de sua execução, com inúmeras prerrogativas e diversos deveres.

Feita essa contextualização, **peço licença para, a partir da nova manifestação do Supremo Tribunal Federal, retomar a compreensão que sempre tive a respeito do tema, no sentido de ser do tomador de serviços o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços, com base no dever ordinário que lhe é atribuído.**

Repito que a mesma Lei que estabelece a ausência de responsabilização automática da Administração Pública pela falta de cumprimento da obrigação, contém, no artigo 58, III, a prerrogativa e o dever que lhe são atribuídos de fiscalização do contrato, como também prevê, no artigo 66, o dever de fiscalização, a cargo de pessoa especialmente designada, além de indicar como causa de extinção do contrato o desatendimento das determinações da autoridade designada para fiscalizar o contrato, desta feita no artigo 78, VII, e também autorizar



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

a retenção de parcelas resultantes de convênio, se não observadas recomendações da fiscalização.

Não se diga que tal conclusão representa despreço à decisão do STF ou que se encontre este Tribunal a "reformá-la". Ao contrário, como destaquei anteriormente, **a questão jurídica pertinente ao ônus da prova não integrou a controvérsia originariamente levada à sua apreciação, o que ficou esclarecido no julgamento dos embargos de declaração.**

No caso, o Tribunal Regional consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público são insuficientes à prova de que houve diligência no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia.

Ademais, ao contrário do afirmado pelo segundo Reclamado, não se proclamou a tese da responsabilidade por mero inadimplemento, nem se extrai tal compreensão de sua Súmula nº 41, que apenas consigna ser da Administração Pública o ônus da prova, fundamento chancelado pelo STF.

À fl. 460, foram analisados pelo egrégio Regional os documentos juntados nos autos e se concluiu pela insuficiência da prova de que fora diligente no cumprimento do dever de fiscalização relativamente às obrigações contratuais.

E, diante dessa conclusão, o Estado da Bahia não opôs embargos de declaração, necessários para esclarecer o suposto caráter genérico da assertiva e a mudança desse quadro fático nesta Instância Extraordinária caracteriza inequívoca violação da Súmula nº 126 desta Corte.

A assertiva constante do acórdão regional no sentido de que os documentos juntados aos autos foram insuficientes à prova de que houve fiscalização diligente, em relação às obrigações que são decorrentes do contrato, o Estado não se desfez do ônus e a egrégia Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual **dou provimento** ao recurso de embargos para restabelecer o acórdão regional.



PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

**ISTO POSTO**

**ACORDAM** os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento para restabelecer o acórdão regional, vencidos os Exmos. Ministros Breno Medeiros, Alexandre Luiz Ramos e João Batista Brito Pereira.

Brasília, 12 de dezembro de 2019.

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

**CLÁUDIO BRANDÃO**  
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10032A0C22465347D6.