



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

A C Ó R D ã O
(6ª Turma)
GMLBC/joj/

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO A ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA N.º 331, V, DO TST. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA.

1. Considerando o recente pronunciamento, pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação que lhe emprestou a Lei n.º 9.032/1995, e a repercussão da tese sufragada sobre a interpretação da legislação que rege o tema da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos créditos trabalhistas dos terceirizados, bem como a existência de decisões conflitantes sobre a matéria, reconhece-se a **transcendência jurídica** da causa (artigo 896-A, § 1º, IV, da CLT). 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, mediante acórdão publicado no DJe de 09/09/2011, reconheceu a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação que lhe emprestou a Lei n.º 9.032/1995. Na ocasião, a excelsa Corte sufragou tese no sentido de que a mera inadimplência da empresa contratada não justifica a transferência, para a Administração Pública, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos resultantes da relação de emprego havida entre particulares. Ressalvou, todavia, o Supremo Tribunal Federal, que a conduta



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

omissiva da Administração Pública, quanto ao seu poder-dever de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações atribuídas à empresa contratada, rende ensejo ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público. Nesse sentido, o voto condutor lavrado pelo Exmo. Ministro Cezar Peluso, segundo o qual o reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo legal em comento "não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa" (fl. 38), sendo certo que **"o mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei"** (fl. 46 - os grifos foram acrescentados). 3. Nesse exato sentido passou a orientar-se a jurisprudência desta Corte superior, a partir da edição, pelo Tribunal Pleno, da Resolução n.º 174, de 24/05/2011, de que resultou a inserção do item V na Súmula n.º 331, cujo teor é o seguinte: **"os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.** A aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10042D19BC960F6E02.



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

*regularmente contratada" (destaques acrescidos). 4. Atente-se, ainda, para o fato de que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar o Tema n° 246 de Repercussão Geral, nos autos do RE 760.931 (julgamento concluído no dia 30/3/2017 e acórdão publicado em 12/9/2017), 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 n° 8.666/93". 5. Exsurge clara, daí, a conclusão de que, na mesma linha da tese sufragada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, entende o Supremo Tribunal Federal que não há falar em **transferência automática** à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas decorrentes do contrato mantido entre a empresa prestadora de serviços e seus empregados. 6. O Supremo Tribunal Federal deliberadamente não definiu, na tese de Repercussão Geral fixada no RE n.º 760.931, **a distribuição do ônus da prova**, limitando-se a sufragar o entendimento de que "o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93". 7. Nesse contexto, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte superior, nos autos do processo n.º TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281, em sessão de*



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

juízo julgamento realizada em 12/12/2019, acórdão publicado em 22/5/2020, firmou entendimento no sentido de que incumbe ao ente público o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho firmados entre a empresa prestadora dos serviços e seus empregados. Tal entendimento foi reafirmado no âmbito da SBDI-1, em sua composição plena, no julgamento do Processo n.º EEDRR-62-40.2017.5.20.0009, ocorrido em 10/9/2020 (acórdão publicado em 29/10/2020). **8.** Assim, resulta incensurável a decisão proferida pelo egrégio Tribunal Regional, que, examinando a situação concreta dos autos, constatou que a Administração Pública não cumpriu com sua obrigação de fiscalizar o adimplemento, pela empresa prestadora dos serviços, das obrigações a que submetida, por força de lei ou do contrato. Nesse sentido, registrou-se no acórdão prolatado pela Corte de origem que "No caso em exame, era dever do Município comprovar a regularidade da fiscalização do cumprimento do contrato e das disposições previstas na Lei n° 8.666/93. O pacto firmado entre os reclamados estabelece, no seu item 3.2, que o pagamento do valor devido à contratada somente seria efetivado após a apresentação de uma série de documentos: 3.2 - A Prefeitura Municipal não realizará liquidação e pagamento de despesas sem que a contratada apresente junto com a nota fiscal os comprovantes de pagamentos mensais dos funcionários; a Certidão Negativa da RF e da PGFN e as contribuições sociais previstas nas alíneas "a" a "d" do § único do Art. 11 da Lei 8.212/81, prova de regularidade junto ao FGTS e GFIP do



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

mês de cobrança com comprovante de quitação. A contratante também fiscalizará o cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária por parte da contratada. Em que pese a expressa previsão no contrato de prestação de serviço acerca da fiscalização a ser exercida pelo tomador de serviços, **conclui-se que o segundo réu não averiguou satisfatoriamente o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da primeira reclamada. Os documentos juntados pelo segundo demandado com a contestação (id. d999ccc e a8a538e), por si só, são insuficientes para demonstrar o exercício da fiscalização que lhe era exigida. Ainda, verifica-se que o Município não tomou nenhuma providência no tocante às verbas rescisórias inadimplidas pela empregadora, que são objeto de condenação na sentença"** (p. 137 do eSIJ - destaques acrescidos). 9. Tal premissa fática, insuscetível de revisão em sede extraordinária, revela-se suficiente a justificar a conclusão a que chegou a Corte de origem, no sentido de impor ao ente público a obrigação de arcar, de forma subsidiária, com o pagamento dos créditos trabalhistas reconhecidos à parte obreira. 10. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° **TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271**, em que é Agravante **MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DA PATRULHA** e Agravados **IVONE DE FATIMA SPERANSA** e **F A RECURSOS HUMANOS LTDA. - ME.**



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo segundo reclamado, em face da decisão monocrática proferida pelo Exmo. Desembargador Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por meio da qual se denegou seguimento ao seu Recurso de Revista.

Sustenta o segundo reclamado que seu Recurso de Revista merece processamento porque preenchidos os requisitos previstos no artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Cumpra salientar que o Recurso de Revista foi interposto a acórdão publicado na vigência da Lei n.º 13.467/2017.

Não foram apresentadas contraminuta nem contrarrazões.

Pugna a douta Procuradoria-Geral do Trabalho pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

O apelo é tempestivo e regular a representação processual. Dispensado o preparo.

Conheço do Agravo de Instrumento.

II - MÉRITO

EXAME DA TRANSCENDÊNCIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO.

Considerando o recente pronunciamento, pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação que lhe emprestou a Lei n.º 9.032/1995, e a repercussão da tese sufragada sobre a interpretação da legislação que rege o tema da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos créditos trabalhistas dos terceirizados, bem como a existência de decisões conflitantes sobre a matéria, reconhece-se a **transcendência jurídica** da causa (artigo 896-A, § 1º, IV, da CLT).



PROCESSO Nº TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

O Ex.^{mo} Desembargador Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4^a Região denegou seguimento ao Recurso de Revista interposto pelo segundo reclamado sob os seguintes fundamentos:

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA / SUBSIDIÁRIA.

Não admito o recurso de revista.

Em decisão de 12/09/2017, no RE 760.931-DF, com repercussão geral (Tema 246), o STF firmou a tese de que o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei no 8.666/93.

A SDI-I/TST, em julgamento ocorrido em 12/12/2019, no E-RR-925-07.2016.5.05.0281, decidiu não ter ocorrido, quando do julgamento pelo STF, a fixação de tese a respeito do ônus da prova quanto à demonstração de fiscalização. Com base nos princípios da aptidão para a prova e da distribuição do ônus probatório, definiu que cabe ao ente público tomador dos serviços o ônus de comprovar que houve a fiscalização do contrato de trabalho decorrente da terceirização de serviços.

O acórdão recorrido foi expresso ao consignar que o ente público não demonstrou a fiscalização do contrato de trabalho, atribuindo a ele o ônus probatório. Entendimento em sentido diverso implicaria a reanálise do conjunto fático-probatório, procedimento vedado pela Súmula 126/TST, em sede de recurso de revista.

Além disso, o acórdão está de acordo com a atual e notória jurisprudência do TST, ficando inviabilizado o prosseguimento do recurso de revista com fundamento no art. 896, § 7º, da CLT e na Súmula 333/TST.

Quanto à responsabilidade subsidiária do ente público, a decisão recorrida está em conformidade com a Súmula 331, item V, do TST. Inviável, assim, o seguimento do recurso, uma vez que a matéria já se encontra pacificada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (§ 7º do art. 896 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.015/2014, e Súmula



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

333 daquela Corte Superior). Resta afastada, portanto, a alegada violação dos dispositivos apontados e prejudicada a análise dos arestos paradigmas transcritos para o confronto de teses.

De resto, quanto às demais alegações da parte, é inadmissível o recurso, a teor do disposto no art. 896, § 1º-A, III, da CLT, pois não estabelecido o necessário cotejo analítico relativamente aos fundamentos da decisão recorrida.

O entendimento que vem se formando em vias de pacificidade no âmbito do TST é de que é imperioso que as razões recursais demonstrem de maneira explícita, fundamentada e analítica a divergência jurisprudencial ou a violação legal. Dessa forma, não merecem seguimento recursos com fundamentações genéricas, baseadas em meros apontamentos de dispositivos tidos como violados, e/ou sem a indicação do ponto/trecho da decisão recorrida que a parte entende ser ofensivo à ordem legal ou divergente de outro julgado. (AIRR-10028-85.2013.5.04.0664, 1ª Turma, DEJT 08/06/2015; AIRR-130585-98.2014.5.13.0023, 2ª Turma, DEJT 22/04/2016; AIRR-2951-67.2013.5.22.0003, 3ª Turma, DEJT 05/06/2015; AIRR - 690-53.2014.5.11.0019, 4ª Turma, DEJT 15/04/2016; AIRR - 180-39.2014.5.08.0208, 5ª Turma, DEJT 02/10/2015; AIRR-307-78.2012.5.04.0233, 6ª Turma, DEJT 12/06/2015; AIRR-42700-94.2014.5.13.0007, 7ª Turma, DEJT 12/06/2015; AIRR-309-73.2011.5.04.0721, 8ª Turma, DEJT 29/05/2015; AgR-E-AIRR-1542-32.2013.5.09.0128, SDI-1, DEJT 19/02/2016).

Dessa forma, ficam afastadas as alegações da parte recorrente.

CONCLUSÃO

Nego seguimento.

Pugna o segundo reclamado, em suas razões recursais, pela reforma do julgado. Destaca que "*juntou diversos documentos comprobatórios da fiscalização exercida sobre o contratado (...)*". Afirma que lhe foi aplicada responsabilidade de forma objetiva. Acrescenta que não resulta do quadro fático revelado nos autos qualquer demonstração de sua culpa *in vigilando* na execução do aludido contrato de prestação de serviços, celebrado com a primeira reclamada. Assevera que é da parte autora o ônus de



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

alegar e provar que a Administração não fiscalizou corretamente a execução do referido contrato. Argumenta que o artigo 71 da Lei n.º 8.666/93 atribui expressamente à empresa contratada a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. Assim, em caso de inadimplência da empresa contratada, referido dispositivo de lei incidiria de forma a obstaculizar a transferência da responsabilidade por seu pagamento à administração pública, tomadora dos serviços. Registra que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, reconheceu a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93. Indica afronta ao artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, além de apontar contrariedade à Súmula n.º 331, V, desta Corte superior. Transcreve arestos para o cotejo de teses.

Ao exame.

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região manteve a condenação do segundo reclamado, ora recorrente, a pagar, de forma subsidiária, os créditos trabalhistas reconhecidos à parte autora. Valeu-se, para tanto, dos seguintes fundamentos (pp. 136/138 do eSIJ - destaques acrescidos):

É incontroverso que o segundo reclamado celebrou com a primeira reclamada, F.A. Recursos Humanos Ltda, contrato de prestação de serviços de limpeza (id. d47bf5a). A autora foi admitida pela primeira ré em 27.02.2018 para exercer a função de auxiliar de limpeza, laborando em favor do segundo reclamado.

A responsabilidade subsidiária do Município em relação às parcelas deferidas em sentença decorre de sua omissão culposa. A prestadora de serviços tinha a obrigação de cumprir com os deveres trabalhistas típicos do vínculo de emprego. Tendo descumprido tais obrigações, em prejuízo dos direitos trabalhistas da sua empregada, deve ser responsabilizado o tomador de serviços que agiu com culpa, não fazendo a fiscalização que lhe é exigida (*culpa in vigilando*). Era necessária a verificação, por parte do tomador, durante a execução do contrato, da regularidade formal e prática da empresa contratada, a fim de resguardar os direitos dos trabalhadores



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

que lhe prestavam serviços. A inexistência de tal fiscalização configura a omissão culposa.

No caso em exame, era dever do Município comprovar a regularidade da fiscalização do cumprimento do contrato e das disposições previstas na Lei n° 8.666/93. O pacto firmado entre os reclamados estabelece, no seu item 3.2, que o pagamento do valor devido à contratada somente seria efetivado após a apresentação de uma série de documentos:

3.2 - A Prefeitura Municipal não realizará liquidação e pagamento de despesas sem que a contratada apresente junto com a nota fiscal os comprovantes de pagamentos mensais dos funcionários; a Certidão Negativa da RF e da PGFN e as contribuições sociais previstas nas alíneas "a" a "d" do § único do Art. 11 da Lei 8.212/81, prova de regularidade junto ao FGTS e GFIP do mês de cobrança com comprovante de quitação. A contratante também fiscalizará o cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária por parte da contratada.

Em que pese a expressa previsão no contrato de prestação de serviço acerca da fiscalização a ser exercida pelo tomador de serviços, **conclui-se que o segundo réu não averiguou satisfatoriamente o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da primeira reclamada. Os documentos juntados pelo segundo demandado com a contestação (id. d999ccc e a8a538e), por si só, são insuficientes para demonstrar o exercício da fiscalização que lhe era exigida. Ainda, verifica-se que o Município não tomou nenhuma providência no tocante às verbas rescisórias inadimplidas pela empregadora, que são objeto de condenação na sentença.**

O fato de ser o contratante ente público não afasta essa responsabilidade. Neste sentido, é a jurisprudência consubstanciada na Súmula n° 11 do TRT da 4ª Região:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA.
CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEI
8.666/93. A norma do art. 71, §1º, da Lei n° 8.666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária das entidades da administração pública, direta e indireta, tomadoras dos serviços.

Com efeito, esclarece a Súmula n° 11 que a regra do art. 71, §1º, da Lei n° 8.666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária atribuída ao



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

recorrente, uma vez que se aplica à relação ocorrida entre os demandados, sem surtir efeitos na esfera trabalhista.

À luz do ordenamento jurídico constitucional, que tem por fundamento o valor social do trabalho e a proteção do trabalhador (artigo 1º, incisos III e IV da Constituição Federal), impõe-se a responsabilização do tomador de serviços, mesmo sendo ente público. O Município participou ativamente na geração do dano à reclamante, motivo pelo qual não pode se eximir de sua responsabilidade, forte nos arts. 186, 187 e 942, caput e parágrafo único, do Código Civil.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 16, que considerou constitucional o parágrafo primeiro do art. 71 da Lei n° 8.666/93, deixou assentado que isso não impediria o Tribunal Superior do Trabalho de reconhecer a responsabilidade da Administração Pública à base de outras normas, dependendo das causas. Por conseguinte, o TST procedeu à revisão da Súmula n° 331 em maio de 2011, estabelecendo no item V, incidente à hipótese em exame, que:

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

Portanto, caracterizada a omissão culposa do ente público, em prejuízo dos direitos trabalhistas da reclamante, cabe ao segundo reclamado responder subsidiariamente pelos direitos reconhecidos no presente processo. Não se está, portanto, adotando a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º da Constituição, tampouco a teoria do risco integral, mas a responsabilidade subjetiva do ente público em face da omissão culposa.

Nega-se provimento.

Controverte-se nos autos acerca da caracterização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, na



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

condição de tomadora de serviços, em caso de inadimplemento da empresa contratada quanto aos direitos trabalhistas de seus empregados, sob o enfoque dos critérios estabelecidos na Lei n.º 8.666/93, que dispõe sobre licitações e contratos administrativos no âmbito da Administração Pública.

Para a habilitação no procedimento licitatório exige-se dos interessados a documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição da República, nos termos do artigo 27 da Lei n.º 8.666/93. Cumpre à Administração Pública, portanto, na escolha da melhor proposta, por força de expressa previsão legal, contratar empresa que demonstre, dentre outros requisitos, a sua **idoneidade financeira**.

O legislador infraconstitucional, de igual forma, conferiu à Administração Pública a **prerrogativa** de fiscalizar a execução dos contratos administrativos resultantes de certame licitatório, consoante se extrai do disposto no artigo 58, III, da Lei n.º 8.666/93, de seguinte teor (os grifos não são do original):

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

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III – **fiscalizar-lhes a execução**;

IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

No mesmo diapasão, e dando consequência à prerrogativa estabelecida no dispositivo legal anteriormente citado, estabelece o artigo 67 da Lei n.º 8.666/93 o **dever** da Administração Pública de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato (os grifos foram acrescentados):

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

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

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão **ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.**

O artigo 71 da Lei n.º 8.666/93, a seu turno, estabelece que os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato são suportados pela empresa contratada, não se transferindo à administração pública a responsabilidade por seu pagamento, em caso de inadimplência da empresa contratada. Eis o teor do referido dispositivo de lei (grifos acrescentados):

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

§ 1º **A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento**, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 3º (Vetado).

Num tal contexto, observa-se que o legislador atribuiu à Administração Pública prerrogativas peculiares no âmbito do regime jurídico dos contratos administrativos. Impôs, ainda, ao ente público contratante, o **dever** de fiscalizar a execução desses contratos, podendo, até, proceder à sua alteração ou mesmo rescisão unilateral. Exsurge nítida, daí, a natureza de **poder-dever** da Administração Pública que a lei atribui à fiscalização da execução dos contratos mantidos com terceiros, de cujo exercício não se pode escusar a Administração, a fim de resguardar o **interesse público**.

Na condição de tomadora de serviços, portanto, cabe à Administração Pública fiscalizar atentamente, e de forma permanente, o desempenho da empresa contratante, na medida em que atribui ao particular a prestação de serviços no interesse do Estado - a quem compete respeitar, assegurar e promover os direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

Forçoso concluir, daí, a partir da interpretação teleológica e sistêmica do disposto no § 1º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93, que tal dispositivo coíbe a transferência para a Administração Pública da responsabilidade pessoal da empresa contratada, por força do **mero inadimplemento** das obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes do contrato administrativo. Não impede, porém, seja a administração pública responsabilizada, de forma subsidiária, quando caracterizada a sua conduta irregular e omissiva na vigilância do cumprimento das obrigações contratuais e legais assumidas pela empresa contratada



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

perante o empregado, recrutado em razão do contrato administrativo celebrado.

Fosse intenção do legislador excluir totalmente a hipótese de caracterização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, em caso de culpa *in vigilando* - hipótese improvável e de constitucionalidade duvidosa, na medida em que o instituto tem como fundamento norma hipotética de validade do próprio ordenamento jurídico -, assim o teria feito expressamente.

Num tal contexto, uma vez demonstrado inequivocamente o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, bem assim a conduta omissiva da Administração Pública quanto ao poder-dever de fiscalizar a execução do contrato administrativo, deve o ente público responder de forma subsidiária pela lesão ao patrimônio jurídico do empregado.

Cumprе ressaltar, ainda, que, ante a premissa já registrada anteriormente, no sentido de que compete ao Estado respeitar, assegurar e promover os direitos fundamentais previstos na Constituição da República - destacando-se, entre eles, os da dignidade humana e do valor social do trabalho -, bem assim em face do princípio da legalidade, afigura-se impróprio pressupor que o legislador, ao editar o artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, tenha pretendido eximir a Administração Pública de qualquer responsabilidade, em qualquer hipótese, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas derivadas do contrato, da lei **e da própria Constituição da República**, de responsabilidade primária da empresa contratada. Admitir tal raciocínio implicaria em anular a proteção outorgada pelo legislador constituinte a valores fundamentais e estruturantes da República Federativa do Brasil - esses sim, revestidos do caráter de **interesse público** em sentido estrito e original.

Se a ordem jurídica pátria rechaça a hipótese do enriquecimento estatal sem causa (RE 339.852-AgR, Relator Ministro **Ayres Britto**, 2ª Turma, DJe de 18/08/2011), com maior razão não se haverá de admitir que o particular, contratado pela Administração



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

Pública, enriqueça ilicitamente, a partir da sonegação de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente ao trabalhador.

Ademais, o artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93 não pode ser interpretado isoladamente de todo o arcabouço erigido na própria lei em que se insere - indicativo, como já visto, do dever estatal de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações contratuais e legais resultantes do contrato administrativo. Tampouco é dado à Administração Pública valer-se de mão de obra ofertada por empresas inidôneas, ainda que contratadas mediante procedimento licitatório, beneficiando-se da própria descuidada em fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo. Inegavelmente, referido artigo deve ser interpretado sistemicamente, em consonância com os artigos 58, III, e 67 da Lei n.º 8.666/93, que estabelecem de forma inequívoca o poder-dever da Administração Pública de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato.

Vale agregar, por fim, que esse é o único entendimento compatível com as obrigações internacionalmente assumidas pelo Brasil, que ratificou a Convenção n.º 94 da Organização Internacional do Trabalho sobre cláusulas laborais nos contratos públicos. Referida norma internacional, internalizada por meio do Decreto Legislativo n.º 20, de 1965, estabelece, em seus artigos 1º e 2º, a obrigação do Estado membro de assegurar que os trabalhadores contratados por particulares, para execução de contratos firmados com a Administração Pública ou custeados com recursos públicos, desfrutem de condições de trabalho não menos favoráveis do que aquelas estabelecidas pela legislação nacional, laudo arbitral, convenção ou acordo coletivos para trabalho da mesma natureza, no mesmo ramo de atividade e localidade em que executado. O afastamento do dever de vigilância, pela Administração Pública, do fiel cumprimento das obrigações trabalhistas resultantes do contrato administrativo faria letra morta a norma internacional, cujo escopo é assegurar que as contratações pelo Poder Público contribuam para a dignificação do trabalho, e não para o seu aviltamento (consequência inexorável da adjudicação de contratos públicos para prestação de serviços pelo critério do menor preço).



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

Cumprе ressaltar que, no mesmo sentido da tese ora sufragada, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal, na sessão Plenária de 24/11/2010, ocasião em que julgada a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, ajuizada pelo Exmo. Governador do Distrito Federal, cujo acórdão foi publicado no Dje de 09/09/2011. Decidiu a Corte suprema, na ocasião, pela constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, tendo asseverado que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada não transfere automaticamente para a Administração Pública a responsabilidade pelo débito daí decorrente. É o que consta da ementa do referido julgado, de seguinte teor:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contratante. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n.º 9.032, 1995. **(ADC. 16/DF, Relator Exmo. Ministro Cezar Peluso, Dje. 09/09/2011).**

Consta, todavia, do referido acórdão, ressalva expressa do Relator, no que foi secundado pela maioria dos integrantes da Corte, no sentido de excepcionar de tal regra a hipótese de descuidado do ente público em fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo.

Com efeito, exsurge clara, da leitura do acórdão já referido, a conclusão de que, enquanto a mera inadimplência da empresa prestadora de serviços não enseja a transferência automática à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas decorrentes do contrato mantido com seu empregado, daí não segue a impossibilidade de reconhecimento dessa



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

responsabilidade, em caráter subsidiário, na hipótese de omissão da Administração Pública no cumprimento da obrigação de fiscalizar o fiel adimplemento, pela empresa contratada, das obrigações a que submetida, por força de lei ou do contrato. Tais premissas constam do debate travado em sessão de julgamento, registrado no acórdão prolatado na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, a seguir transcrito:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vou recordar a matéria e explicar mais uma vez por que meu voto julgava o autor carecedor da ação.

A informação prestada pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, invocando inclusive as decisões, é que o Tribunal Superior do Trabalho reconhece a responsabilidade da Administração com base nos fatos, isto é, com base no descumprimento do contrato, e não com base em inconstitucionalidade da lei. Ou seja, o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida da constitucionalidade da norma, só que reconhece responsabilidade da Administração por questões factuais ligadas a cada contrato em particular. Noutras palavras, eu entendi que, como o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida sobre a constitucionalidade, seria de todo em todo dispensável que o Tribunal a reconhecesse quando não há controvérsia a respeito.

Mas, enfim, se esta Corte entender de conhecer ainda assim quanto ao mérito, não tenho nada que discutir. Considero a norma constitucional também, o que não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa.

(...)

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vossa Excelência me permite? O que, segundo me parece, o Tribunal fez, e fez com acerto? Ele reconheceu que a mera inadimplência - é isso que o artigo 71, § 1º, diz - do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, etc, não transfere essa responsabilidade para a Administração. A inadimplência do contratado não a transfere. O que o Tribunal e a Justiça



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

do Trabalho têm reconhecido? Que a ação culposa da Administração, em relação à fiscalização à atuação...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a Justiça do Trabalho tem batido carimbo com o Enunciado 331 da Súmula da jurisprudência predominante.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Pode até ser. Vossa Excelência conhece bem a Justiça do Trabalho. Deixe-me só dizer o que estou entendendo da postura da Justiça do Trabalho.

Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. E proclama: **mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, onde prevista essa atuação censora?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - São outros fatos examinados sob a luz de outras normas constitucionais. É isso que estou dizendo.

(...)

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Só estou advertindo ao Tribunal que **isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos.** Por isso declarei que seria carecedor da ação, porque, a mim me parece, reconhecer a constitucionalidade, que nunca foi posta em dúvida, não vai impedir a postura da Justiça trabalhista que é agora impugnada, mas é impugnada sob outro ponto de vista. **Não é a constitucionalidade dessa norma que vai impedir a Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilidade da Administração perante os fatos!**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas se verá diante de uma decisão do Supremo declarando a harmonia do dispositivo



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

com a Constituição Federal. Creio que haverá, pelo menos, uma inibição, afastando-se, até, o Verbete n.º 331 da Súmula.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas, Ministro, quanto a isso eu não tenho dúvida. Eu julgo a ação procedente. Conheço do mérito e julgo a ação procedente, sem problema nenhum.

(...)

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Estou de acordo. Eu supero a preliminar e, no mérito, julgo a ação procedente, porque não tenho dúvida nenhuma sobre a constitucionalidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu acompanho Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Se o Tribunal estiver de acordo, eu proclamo o resultado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Na verdade, eu tenho acompanhado esse entendimento do Ministro Cezar Peluso, no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque, realmente, **ela é decidida sempre em um caso concreto, se há culpa ou não, e cito um exemplo com o qual nós nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade. São empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais, que participam de licitações milionárias, e essas firmas, depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático. E ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre, no caso? Está claramente configurada a culpa in vigilando e in eligendo da Administração.** Aí, segundo o TST, incide, ou se afasta, digamos assim, esse artigo 71, § 1º, da Lei 8.666. Portanto, eu sempre decidi na mesma linha do Ministro Cezar Peluso, no sentido de não conhecer, de considerar a matéria inconstitucional, mas se o Plenário entender que, dada a importância, o impacto da questão com relação à Administração, então talvez convenha que nós ultrapassemos essa questão do conhecimento e adentremos no âmago do tema.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu acompanho também o Ministro Cezar Peluso quanto ao não conhecimento.



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque esse tipo de conduta quebra a estrutura inteira da Administração, que, licita, contrata, a lei diz que não assumirá, e aí ela assume duas vezes: ela pagou esse contratado que contratou de maneira equivocada, a licitação então não valeu de nada, e depois o povo brasileiro ainda paga a segunda vez por esse trabalhador. Quer dizer, alguma coisa está muito errada. E, se está errada nesse nível, acho que há outras consequências, **inclusive mandar apurar a responsabilidade desse que não fiscalizou, desse que licitou mal.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - **É bem verdade que os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas do município, que haja realmente a fiscalização, porque, realmente, o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares.** Então, essa questão continua posta e foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, para que haja essa **culpa in vigilando**, fundamental. Nós tivemos esses casos aqui mesmo na administração do Tribunal e tivemos de fiscalizar, porque pode ocorrer que a empresa terceirizada receba, como sói acontecer, em geral, o Poder Público é adimplente, pelo menos no plano federal essa questão não se coloca, **mas não cumpre esses deveres elementares.** Talvez, aqui, reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm de fiscalizar, inicialmente são os órgãos contratantes e, depois, os órgãos fiscalizadores. **De modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da Previdência Social e do FGTS.**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - **Mas já há. A legislação brasileira exige. Só se pode pagar a posteriori, por exemplo, nesses casos dos contratos, e se está quitada com a Previdência, porque inclusive a empresa não pode mais contratar. É que talvez ela não esteja sendo feito.**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - **Vossa Excelência está acabando de demonstrar que a**



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

Administração Pública é obrigada a tomar atitude que, quando não toma, configura inadimplemento dela!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Claro, não discordo disso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na verdade, apresenta quitação em relação à Previdência, aos débitos anteriores.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Dela. Isso é que gera responsabilidade que vem sendo reconhecida pela Justiça do Trabalho. Não é a inconstitucionalidade da norma. A norma é sábia. Ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade. **O mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que estava acontecendo, Presidente, é que, na quadra que se desenhou, a Justiça do Trabalho estava aceitando, de forma irrestrita, a responsabilidade do ente estatal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Agora há de ser no sentido de que ela vai ter de examinar os fatos. Estou de acordo. Vai ter de examinar os fatos.

Nesse exato sentido passou a orientar-se a jurisprudência desta Corte superior, a partir da edição, pelo Tribunal Pleno, da Resolução n.º 174, de 24/05/2011, de que resultou a inserção do item V na Súmula n.º 331, cujo teor é o seguinte:

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



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

Atente-se, ainda, para o fato de que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar o Tema n° 246 de Repercussão Geral, nos autos do RE 760.931 (julgamento concluído em 30/3/2017 e acórdão publicado em 12/9/2017), fixou a seguinte tese (destaque acrescido):

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 n° 8.666/93.

Com efeito, exsurge clara a conclusão de que, na mesma linha da tese sufragada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, entendeu o Supremo Tribunal Federal que não há falar em transferência automática à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas decorrentes do contrato mantido entre a empresa prestadora de serviços e seus empregados.

Após a fixação da tese de Repercussão Geral, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 760.931/DF (julgamento ocorrido em 30/3/2017), o cerne da controvérsia passou a residir na expectativa de manifestação do Excelso Pretório sobre a distribuição do ônus da prova dos requisitos necessários à caracterização da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Caberia ao reclamante produzir prova cabal da conduta culposa da Administração Pública ao deixar de fiscalizar a conduta da empresa prestadora de serviços ou, ao revés, caberia ao ente público fazer prova da efetiva fiscalização? Tal questão foi discutida no julgamento dos terceiros Embargos de Declaração interpostos nos autos do RE n.º 760.931, ocorrido em 1º de agosto de 2019.

Ao examinar os terceiros embargos de declaração interpostos ao acórdão mediante o qual se fixou a tese da repercussão geral, o Ex^{mo}. Ministro Luiz Fux, Relator, propôs que se enfrentasse a matéria, proferindo voto no sentido de dar provimento



PROCESSO Nº TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

parcial aos Embargos de Declaração, a fim de esclarecer que: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, salvo, em caráter subsidiário e excepcional, quando cabalmente comprovada conduta culposa da Administração causadora de dano ao empregado, vedada em qualquer hipótese a sua responsabilização solidária e a presunção de culpa, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93".

Tal entendimento, contudo, não prevaleceu, tendo a douta maioria dos Ex^{mos}. Ministros do Supremo Tribunal Federal decidido negar provimento aos Embargos de Declaração, mantendo íntegra a tese jurídica originalmente fixada na sessão de 30/3/2017, sem acrescentar qualquer referência à distribuição do ônus da prova de eventual conduta culposa da Administração Pública (vencidos os Ex^{mos}. Ministros Luiz Fux, Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes).

Preponderou, na ocasião, o voto proferido pelo Ex^{mo}. Ministro Edson Fachin, que assim resumiu a tese prevalecente, na ementa do acórdão publicado em 06/09/2019 (os grifos não constam do original):

EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 246 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPRESAS TERCEIRIZADAS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Não há contradição a ser sanada, pois a tese aprovada, no contexto da sistemática da repercussão geral, reflete a posição da maioria da Corte quanto ao tema em questão, contemplando exatamente os debates que conduziram ao acórdão embargado. 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



PROCESSO Nº TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade. 3. Embargos de declaração rejeitados. (RE 760931 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019)

Resulta claro que o Supremo Tribunal Federal deliberadamente não definiu, na tese de Repercussão Geral fixada no RE n.º 760.931, **entendimento acerca da distribuição do ônus da prova**, limitando-se a sufragar a tese de que *"o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93"*.

Observe-se, no mesmo sentido da conclusão antes referida, o entendimento externado pela Ex^{ma}. Ministra Rosa Weber, ao examinar, monocraticamente, a Reclamação n.º 34.248/MG, DJe 15/10/2019, após o já referido julgamento dos Embargos de Declaração nos autos do RE n.º 760.931 (destaques acrescentados):

RECLAMAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DA ATIVIDADE-FIM. DÉBITOS TRABALHISTAS. 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. Vistos etc. 1. Trata-se de Reclamação proposta por Cemig Distribuição S.A, com fundamento no artigo 102, I, "I", da Constituição da República e no artigo 156 e seguintes do RISTF, contra acórdão prolatado pela 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 0011296-61.2017.5.03.0148. 2. A reclamante sustenta que, ao aplicar o enunciado da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a autoridade reclamada negou vigência ao §1º do artigo 25 da Lei nº 8.987/1995, sem, contudo, declarar a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, vulnerando, dessa forma, a Súmula Vinculante nº



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

10 do STF. Defende, ainda, violação do que decidido (i) na ADC 16, em que reconhecida a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que vedaria a responsabilidade subsidiária da administração pública e (ii) no RE 760.931-RG, no qual fixada 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*”. 3. A medida liminar foi deferida para suspender os efeitos da decisão impugnada até a decisão final na presente reclamação. 4. Prestadas informações pela autoridade reclamada. 5. Dispensou a intimação do Procurador-Geral da República, em razão do caráter repetitivo do litígio. É o relatório. **Decido.** (...) 13. Nesse sentir, observado o julgamento do RE 760.931, tenho por corroborada a minha compreensão acerca do quanto decidido por esta Suprema Corte já ao exame da ADC 16 – precisamente a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93 e a consequente inviabilidade da imputação automática da responsabilidade subsidiária à Administração Pública, como mera consequência do inadimplemento por parte da prestadora de serviços de direitos trabalhistas. 14. A tese de repercussão geral fixada por esta Casa, além de reafirmar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93, nos moldes em que decidido ao exame da ADC 16, assenta não a absoluta irresponsabilidade da Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, mas, sim, a possibilidade de a ela se imputar - desde que tal não se opere automaticamente - a responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas dos empregados. 15. A vedação está, portanto, na imputação “automática” da responsabilidade, sem que reste evidenciada a conduta culposa – na modalidade *in vigilando* - da Administração Pública no cumprimento e/ou na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais (Lei nº 8.666/93), por parte da empresa prestadora. 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



PROCESSO Nº TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

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, 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)**

Nesse mesmo sentido, oportuno também destacar decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao examinar a Reclamação n.º 35.907/DF (destaques acrescidos):

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL.



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Quando do julgamento do RE 760.931, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 11.09.2017, não se fixou regra sobre a distribuição do ônus probatório nas ações que debatem a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em decorrência da culpa in vigilando nos contratos de terceirização. Não destoia desse entendimento acórdão que, ante as peculiaridades do caso concreto, impõe à Administração a prova de diligência. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 35907 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-284 DIVULG 18-12-2019 PUBLIC 19-12-2019)

Registre-se, por fim, que a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, nos autos do processo n.º TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281, em sessão de julgamento realizada em 12/12/2019 (acórdão publicado em 22/5/2020), firmou entendimento no sentido de que incumbe ao ente público o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho firmados entre a empresa prestadora dos serviços e seus empregados. Tal entendimento foi reafirmado no âmbito da SBDI-1, em sua composição plena, no julgamento do Processo n.º EEDRR-62-40.2017.5.20.0009, ocorrido em 10/9/2020 (acórdão publicado em 29/10/2020).

Nesse contexto, resulta claro que o entendimento atual sufragado pela Suprema Corte afasta a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade do ente público tomador dos serviços pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços em razão do mero inadimplemento.

Nos termos da jurisprudência dominante neste Tribunal Superior do Trabalho, porém, tal entendimento não obsta o reconhecimento da responsabilidade do ente da Administração Pública, em caráter subsidiário, quando: a) ficar comprovada nos autos a ausência de fiscalização, pelo ente público, do adimplemento, pela empresa prestadora dos serviços, das obrigações a que submetida, por força de lei ou do contrato; ou b) não se desincumbir o ente público



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

do encargo probatório relativo à demonstração da efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho firmado entre a empresa prestadora de serviços e seus empregados.

Resulta incensurável, daí, a decisão proferida pelo egrégio Tribunal Regional, que, examinando a situação concreta dos autos, constatou que a Administração Pública não fiscalizou o cumprimento das obrigações legais que competiam à contratada.

Correta, no caso, a imposição ao ente público da obrigação de arcar, de forma subsidiária, com o pagamento dos créditos trabalhistas reconhecidos à parte obreira.

Nesse sentido, registrou-se, no acórdão prolatado pelo Tribunal Regional, que "No caso em exame, era dever do Município comprovar a regularidade da fiscalização do cumprimento do contrato e das disposições previstas na Lei n° 8.666/93. O pacto firmado entre os reclamados estabelece, no seu item 3.2, que o pagamento do valor devido à contratada somente seria efetivado após a apresentação de uma série de documentos: 3.2 - A Prefeitura Municipal não realizará liquidação e pagamento de despesas sem que a contratada apresente junto com a nota fiscal os comprovantes de pagamentos mensais dos funcionários; a Certidão Negativa da RF e da PGFN e as contribuições sociais previstas nas alíneas "a" a "d" do § único do Art. 11 da Lei 8.212/81, prova de regularidade junto ao FGTS e GFIP do mês de cobrança com comprovante de quitação. A contratante também fiscalizará o cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária por parte da contratada. Em que pese a expressa previsão no contrato de prestação de serviço acerca da fiscalização a ser exercida pelo tomador de serviços, **conclui-se que o segundo réu não averiguou satisfatoriamente o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da primeira reclamada. Os documentos juntados pelo segundo demandado com a contestação (id. d999ccc e a8a538e), por si só, são insuficientes para demonstrar o exercício da fiscalização que lhe era exigida. Ainda, verifica-se que o Município não tomou nenhuma providência no tocante às verbas**



PROCESSO Nº TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

rescisórias inadimplidas pela empregadora, que são objeto de condenação na sentença" (p. 137 do eSIJ – destaques acrescidos).

Frise-se, por oportuno, que em sede de Recurso de Revista, em face de sua natureza extraordinária, apenas se admite o reenquadramento jurídico da questão quando possível fazê-lo a partir das premissas fáticas consignadas no acórdão prolatado pelo Tribunal Regional, afigurando-se inviável o revolvimento do substrato fático-probatório dos autos.

Impende salientar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, em casos similares, vem confirmando, em sede de reclamação, a responsabilidade subsidiária da administração pública, quando evidenciada a culpa *in vigilando* do ente público.

Atente-se, nesse sentido, para os seguintes precedentes da Corte Suprema (destaques acrescidos):

EMENTA: RECLAMAÇÃO – ALEGADO DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADC 16/DF – INOCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS (LEI Nº 8.666/93, ART. 71, § 1º) – ATO JUDICIAL DE QUE SE RECLAMA PLENAMENTE JUSTIFICADO PELO RECONHECIMENTO, NO CASO, POR PARTE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE RESPONSABILIDADE SUBJETIVA (QUE PODE DECORRER TANTO DE CULPA “IN VIGILANDO” QUANTO DE CULPA “IN ELIGENDO” OU “IN OMITTENDO”) – DEVER JURÍDICO DAS ENTIDADES PÚBLICAS CONTRATANTES DE VIGILÂNCIA EFETIVA E DE ADEQUADA FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO, POR PARTE DAS EMPRESAS CONTRATADAS, DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AOS EMPREGADOS VINCULADOS AO CONTRATO CELEBRADO (LEI Nº 8.666/93, ART. 67), SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO INDEVIDO DO PODER PÚBLICO E DE INJUSTO EMPOBRECIMENTO DO TRABALHADOR – SITUAÇÃO QUE NÃO PODE SER COONESTADA PELO PODER JUDICIÁRIO – ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA



PROCESSO Nº TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) – SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE JUÍZO OSTENSIVO, DISFARÇADO OU DISSIMULADO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL – CARÁTER SOBERANO DO PRONUNCIAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS SOBRE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – CONSEQUENTE INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL DA RECLAMAÇÃO PARA EXAME DA OCORRÊNCIA, OU NÃO, DO ELEMENTO SUBJETIVO PERTINENTE À RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA OU DA ENTIDADE PÚBLICA TOMADORA DO SERVIÇO TERCEIRIZADO – PRECEDENTES – INADMISSIBILIDADE DO EMPREGO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE AÇÃO RESCISÓRIA, DE RECURSOS OU DE AÇÕES JUDICIAIS EM GERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (Rcl 34195 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC 03-02-2020).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. VIOLAÇÃO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NA ADC 16 E AO ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE 10. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA IN VIGILANDO. DEMONSTRAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. **Uma vez que a condenação decorre da omissão do ente público quanto ao dever de fiscalização do contratado, não há falar em violação ao que decidiu o STF no julgamento da ADC 16.** 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 27409 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 20/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 05-02-2020 PUBLIC 06-02-2020).

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ADC 16/DF. SÚMULA VINCULANTE 10. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O ato reclamado não responsabilizou subsidiariamente a reclamante de forma automática, e, portanto, não desrespeitou o entendimento firmado por esta Corte ao julgar a ADC 16/DF, interpretado no



PROCESSO N° TST-AIRR-21508-02.2018.5.04.0271

juízo do RE 760.931/DF. Por consequência lógica, não houve violação da Súmula Vinculante 10. II – Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 33578 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 22-05-2019 PUBLIC 23-05-2019).

Nesses termos, tendo em vista que a decisão recorrida revela estrita consonância com a jurisprudência cediça desta Corte superior, consagrada na Súmula n.º 331, V, resulta inviável o conhecimento do Recurso de Revista, não havendo cogitar em divergência jurisprudencial ou afronta a dispositivos de lei federal e da Constituição da República.

Ante o exposto, **nego provimento** ao Agravo de Instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, reconhecendo a transcendência jurídica da controvérsia, negar provimento ao Agravo de Instrumento. Brasília, 09 de junho de 2021.

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

LELIO BENTES CORRÊA
Ministro Relator