



PROCESSO N° TST-Ag-ED-ED-AIRR-1903-69.2013.5.05.0222

A C Ó R D ã O

1ª Turma

GMHCS/tyc

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. ENTE PÚBLICO. FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. ÔNUS DA PROVA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS. MATÉRIA PACIFICADA. Impõe-se confirmar a decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator, tendo em vista não se constatar o equívoco apontado pela parte agravante.
Agravo conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Embargos de Declaração em Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° **TST-Ag-ED-ED-AIRR-1903-69.2013.5.05.0222**, em que é Agravante **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS** e são Agravados **ANTONIO MARCOS LIMA BARBOSA** e **DALL BRASIL S.A. - SOLUCOES EM ALIMENTACAO E SERVICOS DE SUPORTE**.

Contra a decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator, a parte interpõe agravo interno.

Intimada para se manifestar sobre o recurso, a parte agravada não apresentou razões.

Determinada a inclusão do feito em pauta, na forma regimental.

É o relatório.

V O T O

Preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade recursal, **conheço** do agravo interno e passo ao exame do **mérito**.



PROCESSO Nº TST-Ag-ED-ED-AIRR-1903-69.2013.5.05.0222

Contra a decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator, a parte interpõe agravo interno.

Passo à análise da matéria renovada no agravo:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O Supremo Tribunal Federal, na ADC 16, pronunciou a constitucionalidade do art. 71, *caput* e § 1º, da Lei 8.666/93, mas não excluiu a possibilidade de a Justiça do Trabalho, com base nos fatos da causa, determinar a responsabilidade do sujeito público tomador de serviços continuados em cadeia de terceirização quando constatada a culpa *in eligendo* e *in vigilando*, pronúncia dotada de efeito vinculante e eficácia contra todos.

Nesse sentido foi editado o item V da Súmula 331/TST, segundo o qual "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".

No julgamento do RE 760.931, o STF, em sede de repercussão geral, reafirmou sua jurisprudência, adotando entendimento 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 art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Nada dispôs, contudo, acerca da distribuição do ônus da prova da fiscalização dos contratos administrativos de prestação de serviços para efeito da caracterização da culpa *in vigilando*.

Nesse contexto, a SDI-I, ao julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, decidiu que é do tomador dos serviços o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços. Considerou, para tanto, as disposições contidas na Lei 8.666/93, no sentido de impor ao ente público o dever de fiscalizar o cumprimento oportuno e integral das obrigações assumidas pelo contratado.

Eis os fundamentos da referida decisão:



PROCESSO Nº TST-Ag-ED-ED-AIRR-1903-69.2013.5.05.0222

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. RATIO DECIDENDI. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE nº 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. 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” (Processo: E-RR -



PROCESSO Nº TST-Ag-ED-ED-AIRR-1903-69.2013.5.05.0222

925-07.2016.5.05.0281 Data de Julgamento: 12/12/2019, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/05/2020).

Na mesma linha, colho os seguintes julgados:

“AGRAVO INTERNO. RECURSO DE EMBARGOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA. 1. A Eg. 2ª Turma não conheceu do recurso de revista do reclamado, mantendo a condenação subsidiária que lhe foi atribuída. 2. Diante da salvaguarda inscrita no art. 71 da Lei nº 8.666/1993, a responsabilidade subjetiva e subsidiária da Administração Pública Direta ou Indireta encontra lastro em caracterizadas ação ou omissão culposa na fiscalização e adoção de medidas preventivas ou sancionatórias ao inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas prestadoras de serviços contratadas (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/1993). 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 760.931/DF (Tema 246 da Repercussão Geral), 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’, mantendo o entendimento de que a responsabilização subsidiária da Administração Pública, ante o reconhecimento da constitucionalidade do preceito - ADC nº 16/DF -, não é automática e somente pode ser admitida se demonstrada a sua conduta omissiva ou comissiva. 4. A Subseção Especializada em Dissídios Individuais I desta Corte, após o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE nº 760.931/DF, decidiu, em sessão realizada no dia 12 de dezembro de 2019, em composição plena, ao apreciar o recurso de embargos nº E-RR-925-07.2016.5.05.0281, que, sendo obrigação da Administração Pública fiscalizar a regular execução do contrato, cabe-lhe o ônus processual de comprovar o seu regular cumprimento. Concluiu que o STF expressamente rejeitou a proposta de que os embargos de declaração opostos no RE nº 760.931 fossem parcialmente acolhidos para se esclarecer que o ônus da prova da fiscalização pertencia ao empregado, diante da natureza eminentemente infraconstitucional da questão. 5. No caso concreto, do quadro fático narrado no acórdão regional, devidamente transcrito no acórdão turmário, depreende-se que o Ente Público descuidou do seu dever de apresentar provas hábeis a demonstrar a eficiente fiscalização da execução do contrato administrativo, o que, na visão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 760.931/DF, permite sua responsabilização subsidiária pelas parcelas devidas ao trabalhador. Agravo interno conhecido e desprovido” (Processo: Ag-E-RR - 10800-94.2016.5.15.0063 Data de Julgamento: 24/09/2020, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan



PROCESSO Nº TST-Ag-ED-ED-AIRR-1903-69.2013.5.05.0222

Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 02/10/2020).

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/17. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO - ÔNUS DA PROVA. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, ao julgar o mérito do RE 760931/DF, fixou a seguinte tese a respeito da impossibilidade de transferência automática da responsabilidade subsidiária ao integrante da Administração Pública: ‘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’, nada referindo a quem caberia o ônus de comprovar o cumprimento das obrigações contratuais e legais durante a execução do contrato. A egrégia SBDI-1 desta Corte, por sua vez, no julgamento do Processo E-RR-925-07.2016.5.05.0281, ocorrido em 12/12/2019, vencido este relator, fixou o entendimento de que incumbe à Administração Pública o encargo processual de evidenciar ter exercido a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas. Na hipótese dos autos, a egrégia Terceira Turma reconheceu a responsabilidade do ente público por considerar que o ente público não fiscalizou o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora, ônus que, conforme assentou, cabia à administração pública. Assim, o acórdão embargado está em conformidade com a atual, notória e iterativa compreensão do órgão uniformizador interno deste TST, notadamente porque a atribuição do encargo processual à Administração Pública não contraria o precedente firmado pelo STF no RE 760931/DF, ressalvado o entendimento pessoal deste relator. Registre-se, por oportuno, que a indicação de ofensa a dispositivos de lei e da Constituição Federal, não se insere entre os permissivos do artigo 894, II, da CLT, segundo o qual apenas se viabiliza o apelo quando demonstrada divergência jurisprudencial de Turmas ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com orientação jurisprudencial ou súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal. Inviável o prosseguimento do recurso de embargos por divergência jurisprudencial, porquanto estão superados em face da iterativa e notória jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 894, § 2º, da CLT. Recurso de embargos não conhecido” (Processo: E-RR - 1823-32.2014.5.20.0003 Data de Julgamento: 24/09/2020, Relator Ministro: Breno Medeiros, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 02/10/2020).

“EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 13.015/2014, PELO CPC/2015 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39/2016 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO DE



PROCESSO Nº TST-Ag-ED-ED-AIRR-1903-69.2013.5.05.0222

SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16-DF. TEMA Nº 246 DO STF. TESE DE REPERCUSSÃO GERAL. DEMONSTRAÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. FISCALIZAÇÃO. DEFINIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF, em debate representativo do Tema nº 246 de repercussão geral reconhecida, os Ministros da Suprema Corte reafirmaram a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, conforme já declarado no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, consignando que somente a demonstração efetiva de um comportamento culposo específico, com prova cabal do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública e o dano sofrido pelo trabalhador permitirá responsabilização do Poder Público, tomador dos serviços de trabalhadores terceirizados. Na ocasião, fixou-se a seguinte tese 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’. Em embargos de declaração, reafirmou-se o entendimento de que ‘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 o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços’. Ocorre que não se definiu a questão controvertida sobre a qual parte cabe o ônus de comprovar se houve ou não a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas. Após a decisão final acerca do Tema nº 246 de repercussão geral, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte cuidou de pacificar a jurisprudência no âmbito trabalhista. No julgamento do Processo nº E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, em sua composição completa e por expressiva maioria, firmou posicionamento no sentido de que cabe ao ente público o encargo de demonstrar a vigilância adequada no cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços. Nesse sentido, é obrigação da entidade pública reclamada demonstrar que praticou os atos de fiscalização balizados pela Lei nº 8.666/93, nos exatos termos dos artigos 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, caput e § 1º, 77 e 78, que impõem deveres vinculantes ao ente público contratante, em observância ao princípio da legalidade estrita, atraindo, assim, a aplicação dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Na ausência de demonstração de atos fiscalizatórios, só se pode necessariamente concluir, do ponto de vista lógico e jurídico, que houve, sim, culpa omissiva do ente público. É uma dedução automática e inevitável, do contrário prevalecerá o equivocado entendimento da ‘absolvição automática’ por indevida inércia processual da Administração Pública. Imperiosa, assim, a apresentação concreta de provas documentais



PROCESSO Nº TST-Ag-ED-ED-AIRR-1903-69.2013.5.05.0222

ou, na sua falta, a comprovação dessa fiscalização por quaisquer outros meios de prova em direito admitidos por parte da entidade pública, de forma a demonstrar que ela não incorreu em culpa omissiva, ou seja, que praticou os atos de fiscalização exigidos pela Lei nº 8.666/93, mesmo porque deixar o encargo probatório ao reclamante representaria, como prova 'diabólica', verdadeira medida dissuasória e impeditiva de seu acesso à Justiça. Significaria, também, desconsiderar e reformar o acórdão vencedor no julgamento dos embargos de declaração do RE nº 760.931-DF, que expressamente afirmou o contrário (que não houve fixação do critério do ônus da prova), e fazer valer o voto vencido naquela ocasião. Na hipótese dos autos, a Turma, considerando as premissas registradas no acórdão regional de que 'o ônus de provar a fiscalização e ilidir a culpa in vigilando é do tomador de serviços' e que 'de tal ônus, não se desincumbiu a Recorrente (art. 818, CLT; art. 373, II, CPC/15), porque se limitou a juntar o contrato de prestação (ID. 884334d), apenas com instruções e normas a serem seguidas pelas contratadas e algumas guias de recolhimento de FGTS, mas não comprovou ter fiscalizado de forma efetiva o cumprimento dos deveres trabalhistas', concluiu por 'afastar, no caso dos autos, a aplicação da teoria da 'aptidão para a prova', atribuindo, por conseguinte, ao trabalhador o encargo probatório de que não houve fiscalização, por parte do ente público, do contrato firmado com a empresa prestadora de serviços'. Contudo, à luz da jurisprudência desta Corte, é do ente público a obrigação de demonstrar medidas fiscalizatórias empreendidas na contratação terceirizada, nos termos dos artigos 373, inciso II, do CPC/2015 e 818 da CLT, o que, por outro lado, consoante exposto anteriormente, não implica descumprimento das decisões do Supremo Tribunal Federal. Embargos conhecidos e providos" (Processo: E-RR - 1000395-57.2016.5.02.0252 Data de Julgamento: 24/09/2020, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 02/10/2020).

No caso, a teor do acórdão recorrido, o ente público não se desincumbiu do ônus de comprovar a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte do empregador.

Com efeito, o Tribunal Regional consignou que "no caso dos autos, a Recorrente não se desincumbiu do ônus de comprovar (art. 818 da CLT c/c 373, II, do CPC supletivo) que realizava a fiscalização da 1ª Reclamada, nos claros termos em que exige a Carta Magna, a Lei de Licitações".

Nesse contexto, a conclusão adotada na decisão monocrática, no sentido de atribuir responsabilidade subsidiária ao tomador dos serviços, merece ser mantida, pois está em harmonia com a jurisprudência do TST.

Nego provimento.



PROCESSO N° TST-Ag-ED-ED-AIRR-1903-69.2013.5.05.0222

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao agravo.

Brasília, 05 de maio de 2021.

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

HUGO CARLOS SCHEUERMANN
Ministro Relator