



PROCESSO N° TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

A C Ó R D ã O
(5ª Turma)
GMDAR/CAF/

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 331/TST. DECISÃO PROFERIDA PELA SUBSEÇÃO 1 ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (SBDI-1), NO JULGAMENTO DO E-RR-925-07.2016.5.05.0281, EM 12/12/2019. ATRIBUÍDO AO ENTE PÚBLICO O ÔNUS PROBATÓRIO ACERCA DA REGULAR FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. Não merecem provimento os embargos de declaração opostos sem a demonstração da existência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão embargado, na forma prevista no artigo 897-A da CLT. Na hipótese, a parte traz apenas inconformismo com a decisão embargada, não demonstrando a existência de vícios no julgado. **Embargos de declaração não providos.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° **TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281**, em que é Embargante **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS** e são Embargados **EVANDRO RIBEIRO PINTO, MONITORE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)** e **FABIO GUIMARÃES LEITE**.

A segunda Reclamada opõe embargos de declaração, com o objetivo de sanar vícios que entende presentes no acórdão proferido por esta 5ª Turma, tudo em conformidade com as alegações às fls. 688/694, que ficam fazendo parte integrante deste relatório.

É o relatório.



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

V O T O

1. CONHECIMENTO

Os embargos de declaração são tempestivos e foram subscritos por advogado regulamente constituído. **CONHEÇO.**

2. MÉRITO

2.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 331/TST. DECISÃO PROFERIDA PELA SUBSEÇÃO 1 ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (SBDI-1), NO JULGAMENTO DO E-RR-925-07.2016.5.05.0281, EM 12/12/2019. ATRIBUÍDO AO ENTE PÚBLICO O ÔNUS PROBATÓRIO ACERCA DA REGULAR FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS.

O segundo Reclamado, em seus embargos declaratórios, alega que *"o acórdão não analisou a admissibilidade do recurso no que se refere à responsabilidade subsidiária, especialmente quanto às violações da Súmula nº 331, V, do TST e ao entendimento do STF na ADC 16/DF e RE 760.931/DF, em relação ao ônus da prova, considerando seu caráter vinculante."* (fl. 689).

Afirma que *"o Agravo de Instrumento atingiu o seu objetivo de demonstrar a viabilidade do recurso de revista a que se pretende dar seguimento, de modo que não deve prevalecer o acórdão, sob pena de nulidade por violação aos artigos 93, IX da Constituição Federal, 458 do CPC e 832 da CLT."* (fl. 692).

Requer o provimento jurisdicional para sanar os vícios apontados.

Ao exame.

Consta do acórdão embargado que:

(...)

No presente caso, o Tribunal Regional destacou que competia ao Ente Público provar que fiscalizou a execução do contrato de prestação de



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

serviços, decidindo a questão com amparo no ônus probatório acerca da conduta culposa do tomador.

A SBDI-1 desta Corte, no recente julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, em 12/12/19, com sua composição plena, entendeu que o Supremo Tribunal Federal não firmou tese acerca do ônus da prova da culpa in vigilando ou da culpa in eligendo da Administração Pública tomadora dos serviços, concluindo que o Ente Público, ao anotar a correta fiscalização da execução do contrato de terceirização, acena com fato impeditivo do direito do empregado, atraindo para si o ônus probatório, nos termos dos artigos 333, II, do CPC/72, 373, II, do CPC/2015 e 818 da CLT.

Trata-se, portanto, de “questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista”, nos termos do art. 896-A, IV, da CLT, o que configura a transcendência jurídica da matéria em debate.

Reconhecida a transcendência jurídica.

Embora a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93 tenha sido declarada em definitivo pela Excelsa Corte Suprema no julgamento proferido na ADC nº 16/DF, não há óbice para a condenação subsidiária dos entes jurídicos integrantes da Administração nas situações em que configurada a omissão no regular acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos de terceirização celebrados, particularmente em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas (legais e contratuais) por parte das empresas contratadas.

Inegavelmente, a dinâmica das relações produtivas e o desenvolvimento da sociedade capitalista, fomentados pela busca incessante da redução de custos e de maior produtividade, fizeram com que determinadas atividades meio do processo produtivo passassem a ser delegadas a outras empresas, no que se convencionou chamar de "terceirização".

A situação posta nos autos envolve, sem sombra de dúvidas, o fenômeno da terceirização lícita de atividades-meio, concebida como forma de melhor realizar tarefas, com redução dos custos.

Essa situação está disciplinada na Súmula 331, IV e V, do TST.

Verificado o fenômeno da terceirização de atividades, restando incontroversa a apropriação dos resultados da mão de obra fornecida e



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

constatada a atuação ou omissão culposa, a responsabilidade subsidiária do tomador há de ser reconhecida, sob pena de lesão ao entendimento consagrado no aludido verbete sumular.

O item V da Súmula 331/TST preconiza 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. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Após a alteração da Súmula 331 desta Corte - mediante a qual foi conferida nova redação ao item IV e inseridos os itens V e VI -, a questão alusiva à responsabilidade subsidiária da Administração Pública foi objeto de novo debate perante a Suprema Corte que, ao julgar o RE 760931, em 30/3/2017, 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 art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

A ementa da mencionada decisão foi lavrada com o seguinte teor:

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



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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 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



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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; (xiii) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xiv) 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. 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”.

Como se percebe, a tese jurídica consagrada pela Excelsa Corte em nada difere da compreensão deste TST, inscrita no item V da Súmula 331, na medida em que não houve, na tese jurídica fixada pela Suprema Corte, indicação da impossibilidade de transferência da responsabilidade em qualquer circunstância aos entes públicos ou se essa transferência dependeria da comprovação objetiva e efetiva, a cargo do autor da ação ou da própria Administração, do descumprimento do dever legal de fiscalização dos contratos.

Por conseguinte, para sanar as dúvidas suscitadas acerca do exato alcance da decisão proferida no RE 760931, faz-se necessário analisar os motivos que foram expostos ao longo dos debates travados entre os Ministros da Excelsa Corte.



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

Aliás, nesse exato sentido, o novo CPC de 2015 é taxativo no sentido de que se mostra necessário considerar as circunstâncias de fato analisadas por ocasião da construção de teses consubstanciadas em súmulas, o que confirma a compreensão de que os fatos são relevantes para a apreensão do exato sentido dessas prescrições jurisprudenciais (CPC, artigo 926).

Na sessão do dia 26/4/2017, quando concluído o julgamento do RE 760931, os debates travados entre os Ministros foram bastante elucidativos, cumprindo reprimir o teor da proposta inicialmente apresentada pela Ministra Carmem Lúcia, ao início da retomada daquele julgamento. Disse Sua Excelência: “Na sessão do dia 30 de março, nós deliberamos que fixaríamos a tese geral, numa outra assentada, e para isso estamos agora nos debruçando. Naquela assentada, tinha sido apresentado, acho que com a anuência de alguns ministros ou pelo menos com inicial proposta de alguns ministros, a seguinte tese: Ante a ausência de prova taxativa de 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, subsiste o ato administrativo; e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem os seus quadros. Apenas queria dizer que, em conversas com alguns ministros - Ministro Toffoli, Ministro Gilmar, enfim -, na tentativa, sempre, de tornarmos clara e direta, para evitar, como afirma o Ministro Marco Aurélio, que as nossas teses de repercussão geral tenham pontos de interrogação que possam ensejar novos questionamentos, também foi apresentada - e fui uma das que apresentou - a seguinte tese paralela àquela: Salvo comprovação cabal de culpa da Administração Pública contratante, exime-se a Entidade Pública de responsabilidade por obrigações trabalhistas dos empregados das entidades contratadas. Mas, a primeira foi a tese que até o Ministro Alexandre de Moraes dava aquiescência.” (fl. 334 do acórdão).

Em seguida, o Ministro Luiz Fux registrou: “E, aí, exatamente para nós elaborarmos uma redação imune de dúvidas, o que aqui se discutiu? Se discutiu que a Administração Pública não tem os encargos trabalhistas transferidos por força do inadimplemento da parte contratada. Foi isso que se discutiu. Entendemos constitucional, já em outro julgado, o § 1º do artigo 71. Então, a tese mais seca que eu propunha era a seguinte: O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71 § 1º da Lei 8.666.” (fls. 3334/335).

Dissentindo dessa compreensão, os Ministros Ricardo Lewandowski, Luis Roberto Barroso e a Ministra Rosa Weber ponderaram que a possibilidade de imputação da responsabilidade havia sido proclamada por ocasião do julgamento da ADC 16, segundo se observa da manifestação da Ministra Weber: “Senhora Presidente, com todo o respeito, a discussão não foi bem essa, porque já havia uma decisão precedente, desta Suprema Corte, na ADC 16, quando se examinou a constitucionalidade do artigo 71 da Lei de Licitações, em que se proclamou que não havia transferência automática de responsabilidade. E, a partir de inúmeros votos proferidos, se ressaltou, como de resto não se poderia deixar de fazer, que, na existência de culpa, a Administração poderia vir a ser responsabilizada.” (fl. 336). E prosseguiu: “A conclusão aqui, pelo que entendi, foi no sentido de que o ônus da prova é sempre do reclamante e que se exige prova robusta nessa linha. Essa, segundo entendi, a solução emprestada pela Suprema Corte ao tema em debate; com todo respeito, foi o que eu compreendi.” (fl. 337).

Endossando a preocupação com o sentido da tese a ser editada no julgamento em questão, o Min. Marco Aurélio assentou: “Potencializada a responsabilidade subsidiária, fica parecendo que, na eleição da tese, estamos revelando existir essa responsabilidade. O que fixamos é que não há responsabilidade. Caso a caso, o Judiciário apreciará se houve culpa ou não, sob pena de, não sendo assim, grassar o subjetivismo e continuarmos tendo a vinda dessa matéria ao Supremo, mediante processos de capa rosa, ou seja, reclamações.” (fl. 337).

Ainda em meio aos debates, com proposições e questionamentos apresentados pelos Ministros, sobreveio nova manifestação do Min. Barroso, bastante elucidativa: “O que nós entendemos, pelo menos foi isso que compreendi, é que esta responsabilização não pode ser automática, muito menos genérica, como vinha fazendo em muitas decisões o Tribunal Superior do Trabalho, que dizia assim: se há inadimplência trabalhista, há responsabilidade. Não é assim. Agora, eu acho que, comprovada a desídia do ente público...



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

Quando é que eu acho que há desídia? Quando, comunicado da existência de uma falha em relação ao cumprimento da legislação trabalhista, nada providencia, ou se não exercer nenhum tipo de fiscalização. Mas eu me contento com uma fiscalização por amostragem minimamente séria. De modo que, a meu ver, Presidente, o que nós decidimos é que não há responsabilização automática, mas, demonstrada não de forma genérica, porém de forma cabal e específica a culpa, aí sim, pode ser caracterizada.” (fls. 339/340).

Apesar do sentido em que se orientava a definição da tese, com a expressa admissão da responsabilização da Administração Pública, nas situações em que configurada a culpa, decorrente da falta ou ineficiente fiscalização dos contratos de prestação de serviços terceirizados, o Ministro Luiz Fux pontuou acerca do real sentido da decisão prevalecente no julgamento em questão: “Agora, Senhora Presidente, a minha preocupação, como eu fui autor do voto divergente, eu gostaria que a tese tivesse fidelidade. Porque não adianta deliberar o Colegiado e vencer na tese, porque fica uma coisa dissonante. Em segundo lugar, quanto mais se acrescenta à tese, mais se abre oportunidade para que venham os acórdãos para dizer que, na verdade, nesse caso, se enquadra; e a repercussão geral não serviu para absolutamente nada.

Então, o Ministro Marco Aurélio tem razão quando diz: o minimalismo nessa hora resolve. Por quê? Porque nós também não vamos poder conhecer matéria de fato, se comprovou culpa ou se não comprovou culpa. Isso é matéria não cognoscível em sede de recurso extraordinário. Então, essa redação defende - não é defende no sentido genérico da jurisprudência defensiva - o instituto da repercussão geral. Aqui não volta mais isso. Agora, se tiver uma prova lá, que eles próprios avaliem e possam aferir a prova, isso é um problema que não compete a nós. Eles têm que se basear que não podem mais carimbar com isso aqui. Não há transferência dessa...” (fls. 339/340).

Essa mesma compreensão acerca da necessidade de prova foi reafirmada na subsequente manifestação do Ministro Lewandowski: “Com a recente aprovação do projeto, agora transformado em Lei, que ampliou muito as hipóteses de terceirização, nós temos que ser especialmente cuidadosos nesse tema. E realmente nós poderíamos deixar o trabalhador



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

terceirizado ao desamparo. A Administração Pública vai ampliar muito, assim como as empresas privadas, a utilização de empregados terceirizados. É preciso que eles tenham o mínimo de garantia. Pelo que eu me lembro dos debates, da discussão nasceu um consenso e esse consenso foi fabricado na medida em que vários de nós cedemos em alguns pontos de vista para que pudéssemos chegar a essa conclusão. E salvo melhor juízo, se a culpa da Administração ficar inequivocamente comprovada, ela tem que responder. Eu acho que isso é que resultou dos debates.” (fl.340).

Avançando nas discussões, o Ministro Alexandre de Moraes reafirmou a convicção de que “O artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 é constitucional, conforme declarado no ADC 16, e somente a comprovação de um comportamento culposos em relação aos terceirizados permite a responsabilização do poder público, havendo a necessidade de prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador. Isso porque, desta forma, a conduta comissiva ou omissiva também abarca o que o Ministro BARROSO mencionou quanto à falta de fiscalização ou de uma providência errada. E nós colocaríamos, na tese, a necessidade de comprovação do comportamento culposos.”.

Ressaltou, ainda, que “os densos votos até aqui proferidos, embora com algumas variações de fundamentação, buscaram solucionar o dissídio pelo acréscimo de duas 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.”.

No voto escrito anexado aos autos, o Min. Alexandre de Moraes assim resolveu a questão: “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



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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 dano sofrido pelo trabalhador. (...) 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. Aponto, ainda, que acompanho, como tese com repercussão geral, a sugerida pela Ilustre Presidente, Ministra CÁRMEN LÚCIA: „ante a ausência de 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, subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem seus quadros“.

Nada obstante, persistindo dúvidas acerca da possibilidade de transferência da responsabilidade, à luz do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, a Ministra Carmen Lúcia reafirmou que não há possibilidade de transferência automática pelo só inadimplemento das verbas trabalhistas, sendo necessária a demonstração de que a Administração Pública “não cumpriu seu dever de fiscalização.” (fl. 342).

No curso dos debates, em resposta à advertência de adequada definição da compreensão da Excelsa Corte acerca do que se considera culpa da Administração, formulada pelo Min. Barroso (fl. 342), uma vez mais o Min. Marco Aurélio insistiu na tese de que “não há a responsabilidade”, sem embargo de que “Os casos excepcionais serão demonstrados e se poderá concluir de forma diversa.” (fl. 343).

Ainda uma vez realçando a necessidade de que a Suprema Corte fixasse parâmetros para balizar o exame da questão pelas demais instâncias de jurisdição, o Min. Barroso esclareceu: “(...) eu quero dizer que eu concordo também, para evitar o impasse, mas gostaria de registrar que, se nós não explicitarmos, ainda que em obiter dictum, o tipo de comportamento que se exige da Administração Pública, o problema vai continuar. 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



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

inequívoca denúncia de violação de deveres trabalhistas gera responsabilidade. Diria isso como obiter dictum, para que nós sinalizemos para a Justiça do Trabalho o que que nós achamos que é comportamento inadequado. Eu concordo que não fique na tese, mas se nós não dissermos isso, o automático significa: bom, então tá, não é automático; eu verifiquei que ela não fiscalizou todos os contratos. E eu acho que exigir a fiscalização de todos os contratos é impedir a terceirização. De modo que eu procuraria explicitar, pelo menos em obiter dictum, se o Relator estiver de acordo, o que que a gente espera que o Poder Público faça. Mas à tese, em si, eu estou aderindo.” (fl. 347).

Mas o punctum saliens dos debates ocorreu já ao final do julgamento, quando se discutiu a responsabilidade pelo ônus da prova da fiscalização do contrato pela Administração. Suscitada a questão pelo Min. Dias Toffoli (fls. 349/350), o Min. Fux esclareceu: “Suponhamos que o reclamante promova uma demanda alegando isso. Então, ele tem que provar o fato constitutivo do seu direito: deixei de receber, porque a Administração largou o contratado para lá, e eu fiquei sem receber. Na defesa, caberá... Porque propor a ação é inerente ao acesso à Justiça.

O fato constitutivo é preciso comprovar na propositura da ação. E cabe ao réu comprovar fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor. Então, a Administração vai ter que chegar e dizer: „Claro, olha aqui, eu fiscalizei e tenho esses boletins“. E tudo isso vai se passar lá embaixo, porque aqui nós não vamos mais examinar provas”.

Como se percebe, é plenamente possível impor à Administração Pública a responsabilidade por dívidas trabalhistas, embora em caráter excepcional, quando configurada a culpa, compreendida como a ação ou omissão de dever jurídico que cause dano a outrem, de forma involuntária, por negligência, imprudência ou imperícia. No caso das relações contratuais firmadas com particulares, o dever da Administração de fiscalizar está expressamente previsto na Lei de Licitações, inclusive com a designação de um representante da Administração (art. 67, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93).

Nesse cenário, mostra-se impositivo concluir ser permitida a responsabilização do ente da Administração Pública, em caráter excepcional, desde que robustamente comprovada sua conduta culposa, não se cogitando de responsabilidade objetiva ou de transferência automática da



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

responsabilidade pela quitação dos haveres em razão do simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços.

Nessa esteira de raciocínio, a partir da análise dos debates travados no julgamento do RE 760.931, pareceu-me ter sido fixada a tese de que competia ao Autor da ação o ônus probatório quanto à conduta culposa do Ente Público, entendimento, aliás, que passou a ser adotado por outras Turmas desta Corte.

Ocorre que a SBDI-1 desta Corte, no julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, em 12/12/19, com sua composição plena, entendeu que o Supremo Tribunal Federal não firmou tese acerca do ônus da prova da culpa in vigilando ou in eligendo da Administração Pública tomadora dos serviços.

Ponderou que o STF rejeitou o voto lançado pelo redator designado, Ministro Luiz Fux, no julgamento dos embargos declaratórios opostos em face da decisão proferida em sede de repercussão geral, no qual ressaltou a impossibilidade da inversão do ônus da prova ou da culpa presumida da Administração Pública.

Manifestou que, após o referido julgamento, o entendimento de que não teria havido posicionamento acerca do ônus probatório – se do empregado ou da Administração Pública – passou a prevalecer, inclusive na resolução de Reclamações Constitucionais apresentadas perante aquela Corte.

Asseverou o Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Relator do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, que:

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.

Ressaltou que a definição quanto ao ônus da prova acerca da regular fiscalização do contrato de terceirização será a cargo desta Corte.

Registrou, também, ser da Administração Pública o encargo de fiscalizar de forma adequada e satisfatória a execução do contrato de



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

prestação de serviços (arts. 54, § 1º, 55, XIII, 58, III, 66, 67, caput e § 1º, 77 e 78 da Lei 8.666/93).

Concluiu, assim, que o Ente Público, ao anotar a correta fiscalização da execução do contrato de terceirização, acena com fato impeditivo do direito do empregado, atraindo para si o ônus probatório, nos termos dos artigos 333, II, do CPC/72, 373, II, do CPC/2015 e 818 da CLT, acrescentando que atribuir ao empregado o ônus de provar a fiscalização deficiente por parte do Poder Público significa conferir-lhe o encargo de produzir provas de difícil obtenção (art. 818, § 1º, da CLT).

O acórdão restou assim ementado:

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



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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.

No caso dos autos, o Tribunal Regional destacou que competia ao Ente Público provar que fiscalizou a execução do contrato de prestação de serviços, entendendo que ele não se desincumbiu do ônus que lhe competia.

Consignou que “não obstante, a segunda reclamada, Petrobras, não trouxe aos autos nenhum documento que comprovasse a efetiva fiscalização em face da primeira reclamada, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, o que denota a sua culpa in vigilando. Os documentos trazidos aos autos não comprovam a efetiva fiscalização, tratam-se de documentos apresentadas para a celebração do contrato de prestação de serviços.” (fl. 490).

Desse modo, o acórdão regional encontra-se em conformidade com o atual entendimento da SBDI-1 desta Corte, incidindo a Súmula 333/TST e o artigo 896, § 7º, da CLT como óbices ao processamento da revista.

Nesse cenário, reconheço a transcendência jurídica da matéria e **NEGO PROVIMENTO.**

(...). (fls. 672/686 – grifo nosso).

A simples leitura do acórdão embargado revela que não há qualquer vício a ser sanado (artigos 897-A da CLT e 1022 do CPC).

Afinal, este Colegiado, ao examinar o debate proposto, consignou explicitamente, em estrita observância ao disposto no art. 93,



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

IX, da Constituição Federal, os fundamentos pelos quais concluiu pelo não provimento do agravo de instrumento.

Feito esse registro, destaco que, consoante disposto nos artigos 1022 do CPC/2015 e 897-A da CLT, os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição, obscuridade e erro material existente no julgado, bem como para rever manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos de recurso.

Conforme restou consignado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16 ajuizada pelo governo do Distrito Federal, considerou constitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93. Afirmou que a simples inadimplência da empresa contratada não transfere, automaticamente, a responsabilidade pelas verbas trabalhistas à entidade pública.

Em 30.3.2017, por ocasião do julgamento do RE 760.931, a Excelsa Corte consolidou, em regime de repercussão geral, a seguinte tese jurídica: "*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*".

Oportuno notar que, no referido julgamento, o STF não firmou tese acerca do ônus da prova da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando* da Administração Pública, tomadora dos serviços.

Aliás, a SBDI-1 desta Corte, no julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, em 12/12/19, em sua composição plena, entendeu que o Supremo Tribunal Federal não estabeleceu a quem incumbia o ônus da prova da conduta culposa do Ente Público.

Ponderou que o STF rejeitou o voto lançado pelo redator designado, Ministro Luiz Fux, no julgamento dos embargos declaratórios opostos em face da decisão proferida em sede de repercussão geral, no qual ressaltou a impossibilidade da inversão do ônus da prova ou da culpa presumida da Administração Pública.

Manifestou que, após o referido julgamento, o entendimento de que não teria havido posicionamento acerca do ônus probatório - se do empregado ou da Administração Pública - passou a



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

prevalecer, inclusive na resolução de Reclamações Constitucionais apresentadas perante aquela Corte.

Concluiu, assim, que incumbe ao Ente Público comprovar que fiscalizou o contrato de terceirização, ao fundamento de que atribuir ao empregado o ônus de provar a fiscalização deficiente por parte do Poder Público significa conferir-lhe o encargo de produzir provas de difícil obtenção (art. 818, § 1º, da CLT).

No caso presente, a Corte a quo consignou que *"a segunda reclamada, Petrobras, não trouxe aos autos nenhum documento que comprovasse a efetiva fiscalização em face da primeira reclamada, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, o que denota a sua culpa in vigilando. Os documentos trazidos aos autos não comprovam a efetiva fiscalização, tratam-se de documentos apresentadas para a celebração do contrato de prestação de serviços."* (fls. 490).

Observo que a decisão do Tribunal Regional não merece reparo, por estar em consonância com o entendimento da SBDI-1/TST.

Não há, portanto, qualquer vício a ser sanado.

A leitura das razões expostas nos embargos declaratórios revela o inconformismo da parte com a decisão proferida.

Nada obstante, o mero inconformismo quanto ao julgamento proferido ou ainda o entendimento de que a decisão implicou violação de dispositivos da Constituição Federal e de lei, sem a demonstração inequívoca dos vícios consagrados nos artigos 1.022 do CPC/2015 e 897-A da CLT, não autoriza a oposição de embargos declaratórios.

NEGO PROVIMENTO aos embargos de declaração.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração.

Brasília, 2 de junho de 2021.

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



PROCESSO N° TST-ED-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10042B47FAD148EE4F.